Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte

Rechts Rg geschichte

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg1
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 1 (2002)
http://dx.doi.org/10.12946/rg01/090-121

Rg 1 2002 90 – 121

Philippe Sturmel

L'école historique française du droit a-t-elle existé?

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0

Liebe Leserinnen und Leser!
Liebe Autorinnen und Autoren!

Draußen geht der Nichtleser um,
ein gefährliches Tier.

Durs Grünbein

»Rechtsgeschichte« tritt an die Stelle von »Ius Commune«, der 1967 gegründeten und bis 2001 fortgeführten Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte.

Der neue schlichte Titel hat den Vorzug der Wahrhaftigkeit. Konnte doch das Gemeine Recht schon lange nicht mehr die Forschungsinteressen bündeln und begrenzen. »Rechtsgeschichte« widmet sich nicht einer Provinz, sondern der großen Welt des Rechts – wann, wo und in welcher Gestalt auch immer dies anzutreffen war und ist.

Den Weg durch die große, von Recht überquellende Welt sollen die Qualität und Originalität, der theoretische Anspruch und die Aktualität, der Charme und die Klugheit der Beiträge und Forschungen weisen. Herausgeberin, Redakteure und *Peers* entscheiden, ob ein Text lesbar und lesenswert ist, ob er intellektuellen Appetit anregen und Informationsdurst stillen kann oder eher geeignet ist, Leser zu Nichtlesern zu machen.

Gefährlicher als der Nichtleser ist allerdings jene Gattung Wissenschaftler, die rügt und rümpft, ohne die sichere Höhle der Nichtschreiber zu verlassen. Verehrte Autorinnen und Autoren, verehrte Leserinnen und Leser: Ihrer Lese- und Schreiblust, Ihrem Tatendrang oder Ihrer Trägheit, Ihrem Urteil und Vorurteil, Ihrer Gefährlichkeit oder Gefräßigkeit ist es anheim gegeben, was aus Rechtsgeschichte wird – und ob »Rechtsgeschichte« den Regenbogen, der mit diesem grünen Band beginnt, eines Tages vollenden wird.

»Rechtsgeschichte« wird zwei Mal jährlich, im September und im März, erscheinen. Das Programm eines jeden Bandes sowie Abstracts und Leittexte der »Debatte« stehen im Internet unter http://www.rg-rechtsgeschichte.de zur Verfügung.

Marie Theres Fögen

Debatte

Marie Theres Fögen	14	Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag
Simon Roberts	21	Against a Systemic Legal History
Marc Amstutz	26	Rechtsgeschichte als Evolutionstheorie
Horst H. Jakobs	32	Umbenennungen
Egon Flaig	34	»… ziehe ich es vor, dazu zu schweigen …«

Recherche

Lorraine Daston	36	Baconsche Tatsachen
Rainer Maria Kiesow	56	Ius sacrum. Giorgio Agamben und das nackte Recht
Volker Bauer	71	Territoriale Amtskalender und Amtshandbücher im Alten Reich
Philippe Sturmel	90	L'école historique française du droit a-t-elle existé?
Christian Windler	122	Grenzen vor Ort
Mario Bretone	146	La »cartella rossa«
Karl Härter	159	Von der »Entstehung des öffentlichen Strafrechts« zur »Fabrikation des Verbrechens«
Johannes-Michael Scholz	198	Wahrnehmung als Reflexion Pierre Bourdieu 1930–2002
Klaus Lüderssen	208	Gadamers Wahrheit für Juristen Hans-Georg Gadamer 1900–2002
Daniel Dédeyan	216	Gadamer im Recht
Bettina Emmerich	221	Gnade für niemand! Matthias Beltz 1945–2002

Kritik

Marie Theres Fögen 226 Wie es euch gefällt
Raoul van Caenegem, European Law in the Past and the Future

Susanne Lepsius 227 Sieht man mit dem Zweiten besser?
Paolo Prodi, Una storia della giustizia

John W. Cairns 229 Ecclesia anglicana vivit iure commune
Richard H. Helmholz, The Ius Commune in England

Kent Lerch 232 Kreuz des Nordens
Kenneth Reid und Reinhard Zimmermann (Hg.), A history of private Law in Scotland

Tomasz Giaro 236 Traditionswerkstatt Rechtsgeschichte
Reinhard Zimmermann, Roman Law, Contemporary Law, European Law

Marie Theres Fögen 238 Des Kaisers alte Kleider
Frank Kolb, Herrscherideologie in der Spätantike

Tomasz Giaro 241 Methodenreich
Jan Schröder, Recht als Wissenschaft

Christof L. Diedrichs 242 Starke Bilder – Schwache Theorie
Klaus Schreiner und Gabriela Signori (Hg.), Bilder, Texte, Rituale

Angela De Benedictis 244 Elefantenbegriffe
Peter Blickle, Kommunalismus

Joachim Eibach 246 Bewaffnete Spießbürger
Ralf Pröve, Stadtgemeindlicher Republikanismus und die »Macht des Volkes«

Gerhard Sälter 248 Städtischer »Unfug«
Rainer Driever, Obrigkeitliche Normierung sozialer Wirklichkeit

Joseph Canning 249 Papacy and Political Theory
Jürgen Miethke, De potestate papae

Christiane Birr 252 Im Dickicht des Gemeinen Rechts
Johannes Merz, Fürst und Herrschaft

Thomas Duve 254 Macht der Gewohnheit
Víctor Tau Anzoátegui, El poder de la costumbre

Kritik

Roy Garré 256 Vom Lob der Bauern und vom Wert der Gewohnheit
Peter Niederhäuser und Werner Fischer (Hg.), Vom «Freiheitskrieg» zum Geschichtsmythos

Susanne Lepsius 258 Quaestio Quaestionum
Manlio Bellomo, I fatti e il diritto

Karl-Heinz Lingens 261 Dreiste Wahrheiten?
Carl Gottlieb Svarez, Kronprinzenvorlesungen

Miloš Vec 262 Geistergeschichte
Martin Kühnel, Das politische Denken von Christian Thomasius

Valentin Groebner 264 Auf den Fluren von Ausländerbehörden
John Torpey, The Invention of the Passport
Andreas Fahrmeir, Citizens and Aliens
Dieter Gosewinkel, Einbürgern und Ausschließen

Christian Windler 267 Deutsche Grenzforschung
Christoph Motsch, Grenzgesellschaft und frühmoderner Staat

Claudia Kraft 269 Männererbe
Karl Kaser, Macht und Erbe

Margrit Seckelmann 271 Modern Times
Kees Gispen, Poems in Steel

Gerd Bender 273 An die Arbeit!
Philipp Lotmar, Der Arbeitsvertrag
Willibald Steinmetz, Begegnungen vor Gericht

Kritik

Heino Heinrich Nau 276 Rechtspopulationen der Ökonomie
Martina Eckardt, Technischer Wandel und Rechtsevolution

Sabine Werthmann 278 Der Edelmann als Richter
Monika Wienfort, Patrimonialgerichte in Preußen

Cornelia Vismann 281 Nur wer den Quellcode kennt
Anette Baumann, Siegfried Westphal, Stephan Wendehorst und Stefan Ehrenpreis (Hg.), Prozessakten als Quelle

Marie Theres Fögen 284 Gesteht!
Bernd Rüthers, Geschönte Geschichten – Geschonte Biographien

Natascha Doll 286 Die Entdeckung der Entdecker
Thomas Hoeren (Hg.), Zivilrechtliche Entdecker

Carsten Doerfert 288 Groundbook
Marcus Dittmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch aus Sicht des Common Law

A. J. Boudewijn Sirks 289 In der Kürze keine Würze
Helmut Janssen, Die Übertragung von Rechtsvorstellungen auf fremde Kulturen am Beispiel des englischen Kolonialrechts

Michael Stolleis 291 »Volksempfinden« überall und nirgendwo
Angelika Kleinz, Individuum und Gemeinschaft in der juristischen Germanistik

Lars Hendrik Riemer 294 Der gute Mensch im Verbrecher
Thomas Nutz, Strafanstalt als Besserungsmaschine

Marginalien

Marie Theres Fögen, Michael Kempe 298 Nach Hause …

Christine Franzius 301 Die jungen Milden. Eindrücke vom Forum junger Rechtshistoriker/-innen

304 Reihe Unwissen

304 Joint Venture
International Max Planck Research School for comparative legal history

Ilse Staff 305 Ausgemustert

Heinrich Gehrke 306 Schnappschüsse im Gerichtssaal
Erich Dittmann, »Nieder mit den schwarzen Paragrafenhengsten!« Zeichnungen aus deutschen Gerichten 1963–1999

L'école historique française du droit a-t-elle existé?

Le XIXième siècle, pour l'historien du droit, paraît assez homogène. Il s'ouvre en France avec le Code civil, se déroule avec l'Ecole de l'exégèse et se clôture avec la déroute de la même école. L'Allemagne connaît le cheminement inverse: Savigny, sa méthode historique et son refus de la codification s'imposent dès l'abord pour laisser la place en 1900 au BGB. Deux destinées que juridiquement tout oppose, mais qui vont s'influencer l'une l'autre. La figure la plus charismatique en est sans aucun doute Savigny qui se fait connaître en 1803 par la publication d'un traité sur la possession. En 1814, il livre son *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, véritable pamphlet contre la codification, en réponse notamment à Thibaut qui préconisait cette solution pour réaliser l'unité juridique allemande. Livre phare, pierre angulaire de l'Ecole historique allemande et qui en France déchaîne l'enthousiasme d'une génération de jeunes juristes, avec à leur tête Jourdan et Klimrath (1807–1837), qui voient là un moyen de secouer le joug de l'exégèse et d'imposer les nouvelles méthodes. Sont-ils pour autant à l'origine d'une Ecole historique française du droit? O. Motte en doute et préfère parler de «jeune école germanique».[1] A tout le moins, le «sens de cette expression demande à être précisé».[2] Pour P. Rémy, «de très jeunes gens forment ce qui aurait pu être l'Ecole historique française», et le même auteur, à la suite de Saleilles et Meynial considère la *Thémis*[3] «comme un organe français de l'Ecole historique allemande».[4]

A l'inverse, J. Poumarède[5] et J. Gaudemet[6] traitent, l'un des «débuts de l'école française du droit historique», l'autre des «écoles historiques du droit en France et en Allemagne». Enfin, nos voisins d'outre-Rhin, aujourd'hui comme hier, semblent ne pas reconnaître son autonomie à une école historique française du droit.[7]

Le terme d'école serait donc *a priori* en grande partie usurpé. Mais en réalité, la question n'a jamais été véritablement débattue. L'école historique française a suscité peu d'intérêt chez les historiens en général et chez les historiens du droit en particulier. Au début de ce siècle, Bonnecase[8] consacre un ouvrage à la *Thémis*, revue fondée par Jourdan en 1819, réceptacle et propagatrice des

1 O. Motte, Savigny et la France, Berne, 1983, p. 13.

2 O. Motte, Lettres inédites de juristes français du XIXème siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes, Bonn 1989, 810: «C'est avec justesse qu'Henry Monnier écrit que «Giraud a été un des premiers représentants de l'école historique en France». Mais le sens ce cette expression demande à être précisé».

3 La *Thémis*, 1819–1830, fondée par Jourdan et Ducaurroy. Principaux collaborateurs: Blondeau, Warnkoenig, Demante, Berriat-Saint-Prix ... A la mort de Jourdan (1826), sa parution est suspendue puis reprise à Liège par Warnkoenig; son départ pour l'université de Fribourg-en-Brisgau, après la Révolution de 1830, mettra fin à la parution de la revue. Voir notamment Bonnecase, La Thémis, 2ième ed., 1914.

4 P. Rémy, Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXème siècle, in: Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique 2 (1985) 103.

5 J. Poumarède, Défense et illustration de la coutume au temps de l'exégèse (les débuts de l'école française du droit historique), in: La coutume et la loi. Etudes d'un conflit, sous dir. de C. Journes, Lyon 1986, 95–107.

6 J. Gaudemet, Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIXème siècle, in: Revue d'histoire des facultés de droit 19 (1998) 87–124.

7 A. Bürge, Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1991, lequel écrit p. 154: «Man darf aber nicht dem Drang nach voreiliger historischer Klassifizierung nachgeben und darin eine eigentliche engumgrenzte – mit dem Ende der *Thémis* untergegangene – Schule sehen». Ajoutons cette question récurrente et significative que les chercheurs allemands nous adressaient (lors d'un séjour au Max Planck Institut de Francfort) lorsque nous parlions de l'école historique française du droit: «Ist die französische historische Schule ein Begriff?». Ce travail a en effet pu être mené à bien grâce à un séjour de recherches effectué au *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* de Francfort (premier trimestre 1999). Que son directeur, M. Stolleis, et ses Mitarbeiter trouvent ici l'expression de notre profonde reconnaissance.

8 La Thémis, 2ième éd., 1914.

idées nouvelles. Puis c'est le silence. En 1986, J. Poumarède déplore l'absence de recherches d'envergure sur les premiers pas de l'histoire du droit. Il semble «que la curiosité historiographique soit la chose du monde la moins partagée par les membres de cette honorable corporation».[9] L'appel aurait-il été entendu? Depuis une dizaine d'années, les travaux se multiplient dans le sillage des écrits précurseurs d'Olivier Motte.

Mais au total, la somme des contributions paraît bien mince si l'on considère l'héritage légué. Il n'est que de citer la carte de la France coutumière de Klimrath[10] qui certes a fait l'objet de corrections, mais qui témoigne alors d'une rare érudition chez son auteur et donc de l'importance et du caractère novateur des travaux par lui entrepris.

Au-delà des publications, de l'action concrète, l'école historique a exercé une influence durable sur les historiens du droit, alors même que cette filiation fait l'objet d'une reconnaissance tardive. J. Krynen relève ainsi que la défense et l'illustration de l'autonomie juridique des sujets sous les Capétiens prônée par Olivier-Martin trouve sa source dans les enseignements de Savigny et de ses disciples.[11]

On l'aura compris, le filon ne demande qu'à être exploité, et il s'avère prometteur. Mais avant d'en extraire la substance, il importe de s'interroger sur la cause de cette vacuité historiographique. Celle-ci gît à l'évidence dans le faible écho rencontré en retour par la «jeune école germanique», aussi bien en France qu'en Allemagne. Là-bas, la stature exceptionnelle de Savigny faisait de l'ombre à tous ses disciples. Ici, l'accusation de germanophilie était rédhibitoire. On ne pouvait tolérer une «secte» acquise à l'ennemi.[12] La lutte de David contre Goliath cependant s'engage: l'historicisme contre l'exégèse, avec le souci de ne pas être de serviles imitateurs (I). Combat perdu d'avance? L'héritage, nous l'avons dit, ne sera pas revendiqué avant longtemps. En Allemagne, le combat n'a pas lieu, faute de combattants. On ne croise pas le fer avec ses élèves. Telle est du moins la perception allemande au XIXième siècle de la science juridique historique française (II).

9 Poumarède, Défense et illustration (n. 5) 109.

10 Voir Travaux sur l'histoire du droit français par feu H. Klimrath, Paris, Strasbourg 1843.

11 J. Krynen, Voluntas domini regis in suo regno facit ius, le roi de France et la coutume, in: El dret comü i catalanya, acte d'el VII simposy internacional, Barcelone, mai 1997, sous dir. de A. Iglesia Ferreiro's, Barcelone, 1996, 59–89.

12 Le romantisme naissant est également qualifié de secte. Les analogies sont d'ailleurs surprenantes entre ce dernier et la jeune école qui nous occupe. Le 24 avril 1824, Auger prononce un discours mémorable sous la Coupole: «il faut empêcher que la secte du romantisme … mette en problème toutes nos règles, insulte à nos chefs-d'œuvre et pervertisse par d'illégitimes succès cette masse flottante d'opinions dont toujours la fortune dispose». A l'inverse, un des rédacteurs du *Globe*, le nouvel organe du romantisme (fondé en 1824), Théodore Jouffroy écrit: «la littérature était dans les entraves d'Aristote et du classicisme: nous avons attaqué cette doctrine intolérante et étroite». (Cité par M. Winock, Les voix de la liberté, Paris: Seuil 2001, 109 et 110). Doctrine intolérante et étroite … On pense naturellement ici à l'école de l'exégèse. Et si la jeune science historique du droit français avait souffert de l'anathème jeté au départ sur le romantisme? On sait en effet l'attrait exercé par l'histoire et notamment le moyen âge, les vieilles pierres, sur les romantiques. L'école historique française n'a jamais eu son Hernani et a fortiori son Victor Hugo. Le Victor Hugo du droit était allemand, il s'appelait Savigny!

I *La science historique française au XIXième siècle et l'histoire du droit*

Le XIXième siècle «est le siècle de l'histoire».[13] Si on ne peut qu'approuver cette manière d'aphorisme, il est intéressant d'en préciser le sens et la portée.

A *L'état des lieux*

Le tonnerre révolutionnaire laisse tomber sa foudre en France et voir son éclair dans toute l'Europe. L'histoire s'accélère, et en France particulièrement, le tourbillon des événements s'emballe. Bonaparte parvient à le maîtriser et impose sa domination à toute l'Europe. Autrement dit, pour la première fois, un homme s'émancipe d'une tradition deux fois millénaire et impose son histoire à tous les souverains de droit divin. On peut en effet considérer qu'auparavant, l'histoire était une vieille femme qui vivait à l'ombre de Dieu; elle était l'histoire des rois de France. La Révolution rompt une digue déjà bien entamée et libère son cours. Dieu est emporté avec la crue. Il s'agit dorénavant de faire l'histoire de la Nation.[14] Mais le fleuve fraîchement libéré devient impétueux et laisse sur ses berges Bonaparte, bientôt Napoléon. Il aura la destinée que l'on sait. Mesurons-en l'impact: l'histoire après lui ne sera plus jamais la même, puisqu'il fallait bien trouver de nouvelles bases, de nouveaux matériaux pour expliquer tous ces bouleversements. «Napoléon avait tout ébranlé en passant sur le monde». Après sa mort, «les puissances divines et humaines étaient bien rétablies de fait, mais la croyance en elles n'existait plus».[15] Il fallait combler les vides et surtout comprendre. Les historiens s'y attellent, mais pas seulement. Le cataclysme a été si fort qu'il va marquer tous les grands écrivains du siècle: Musset, mais aussi Chateaubriand, Stendhal, Hugo, Vigny avec sa religion de l'honneur, et tant d'autres encore. Un des témoignages les plus intéressants de ce point de vue est sans doute celui de l'école russe et plus particulièrement de Tolstoï. Il termine son *Guerre et paix* par de longues pages consacrées à l'histoire dans lesquelles il livre les réflexions (peu amènes) que lui inspire l'épisode napoléonien. Il fait preuve à cet égard d'une modernité étonnante qui préfigure très largement les grandes orientations prônées beaucoup plus tard par l'école des annales: «la connaissance des lois de l'histoire exige que

13 G. Monod, Du progrès des sciences historiques, in: Revue historique 1 (1876).

14 Ce n'est pas un hasard si on commence alors à s'intéresser à Vercingétorix. Voir C. Goudineau qui dans son *Dossier Vercingétorix*, Paris: Actes Sud 2001, fait état de l'historiographie sur le personnage.

15 Musset, Confessions d'un enfant du siècle.

nous modifiions radicalement l'objet de notre examen en laissant en paix les rois, les ministres, les généraux, et en étudiant les éléments homogènes infinitésimaux qui régissent les masses …». Connaître pour comprendre, comprendre comment des milliers d'hommes sont morts au nom des principes les plus élevés.

La Révolution et l'Empire invitent donc à penser différemment l'homme et l'histoire. La France et l'Allemagne le font de manière radicalement opposée. Il s'agit pour la première de rechercher des lois universelles; pour la seconde, à l'inverse, «des critères d'où les peuples tireraient leur individualité».[16] Le paradoxe est étonnant: la Révolution apparaît ici comme un levier ou un aiguillage qui inverse radicalement les perspectives. En France, les Lumières avaient mis au premier plan la philosophie; la Révolution l'inscrit dans l'histoire. Hegel à cet égard pourra écrire: «Depuis que le soleil est au firmament et que les planètes circulent autour de lui, on n'avait pas vu que l'homme se place sur la tête, c'est-à-dire sur la pensée, et bâtisse la réalité selon elle». Mais très vite, ce mouvement s'assèche; les temps nouveaux où les luttes intestines le disputent aux guerres européennes ne sont guère favorables à la production intellectuelle. La France, patrie de la pensée, dont la langue et la culture avaient rayonné dans toute l'Europe[17] se rétrécit, s'enferme dans des principes devenus des dogmes.

L'Allemagne, jusque-là morcelée se sert de la Révolution comme d'un tremplin. Elle devient aux dires de Madame de Staël la «nouvelle patrie de la pensée». La résistance à l'Empire a un effet unificateur et les «petits groupes dits du second romantisme entre Berlin, Iena, Marburg et Heidelberg»[18] s'intéressent activement à l'histoire, la religion, le Moyen-âge chrétien et chevaleresque, les antiquités germaniques. Le droit, l'histoire du droit n'échappent pas à ce mouvement de bascule. Savigny en 1804 fait son voyage de France et recopie à Paris les manuscrits de la Bibliothèque impériale, dans le but de ressusciter le Moyen-âge allemand, au moment des invasions napoléoniennes. Il se trouve ainsi «au cœur du mouvement tenant pour unique passion d'explorer par toutes les voies possibles une culture alors indécise».[19]

Redécouverte d'une culture par opposition à une autre,[20] dont l'éclatante manifestation juridique est le conflit qui met aux prises Thibaut et Savigny et qui incite ce dernier à écrire son *Vom Beruf*.

L'Allemagne entamait ainsi sa domination intellectuelle alors que la France se «perdait» dans l'exégèse. La métaphysique et

16 L. Assier-Andrieu, Le droit dans les sociétés humaines, Paris: Nathan 1996, 122.

17 L. Reau, L'Europe française au siècle des Lumières, Paris: A. Michel 1971.

18 Assier-Andrieu, Le droit (n. 16) 124.

19 Assier-Andrieu, Le droit (n. 16) 124.

20 Rappelons également l'influence des idées de Burke sur les conceptions savigniennes, lequel Burke s'est très fortement opposé à la Révolution française. Selon lui, «la constitution traditionnelle d'un pays présente l'avantage de n'être pas le fruit de quelques intellectuels spécialisés en raison raisonnante. Elle est le produit presque spontané d'une histoire, un ensemble de règles peu à peu dégagées avant que d'être fixées. Elle est l'édifice qui correspond à la nature d'un peuple». P. Braud et F. Burdeau, Histoire des idées politiques depuis la Révolution, Paris: Montchréstien 1992.

l'esprit avaient changé de camp et c'est dorénavant en Allemagne que les juristes français devaient les acquérir, à l'exemple de Théodore Neuville: «mes juges ont remarqué que l'Allemagne a beaucoup contribué à mon succès. D'abord dans les leçons et surtout les argumentations de droit romain. J'ai mis à profit les richesses de l'Allemagne. Et puis, il semble, aux dires de ces Messieurs, que j'ai fait preuve d'une méthode de métaphysique claire qu'ils ont attribuée à mes traditions allemandes et remarquée avec plaisir».[21]

Les choses changent avec la Restauration. «L'abîme creusé par la Révolution et l'Empire entre l'ancienne et la nouvelle France permettait de juger le passé de plus loin, avec plus d'impartialité, sous un angle de perspective plus juste».[22] La volonté royale de revenir peu ou prou au *statu quo ante* incite à reconsidérer le passé, à le mieux comprendre. Il manquait aux juristes une méthode, un chef de file; il sera allemand, et de jeunes docteurs vont s'engouffrer dans la brèche: Jourdan, Klimrath, Lerminier, Laboulaye. Ils vont s'emparer de l'histoire, la mettre au service du droit «en réponse à la prétention d'une rationalité – celle de Napoléon – délibérément ignorante du passé comme de la diversité des situations».[23] «De Jourdan à Saleilles … tout un courant de pensée de la science juridique française, à l'imitation de l'Allemagne, mais en réponse à une question qui lui est propre, redécouvre l'histoire, parce qu'en recréant un passé de la norme, elle dégage une perspective d'évolution».[24]

Il s'agit bien de réagir contre l'excès de confiance d'un siècle qui tendait systématiquement à l'éradication de tout héritage historique et trouvait dans la foule des événements peu de loisirs à se consacrer au vieux droit, en raison du rejet de sa lourdeur et de son étendue, que l'on pouvait à peine dominer. Tâche immense donc à laquelle vont s'atteler les nouvelles recrues de la méthode historique.

B *Les tenants français de la méthode historique; leur fortune*

Ils commencent par constater l'incurie juridique française et les résultats sont alarmants: la patrie de Cujas, de Dumoulin est devenue stérile en jurisconsultes; l'esprit français en est la cause qui «craint de s'arrêter longtemps aux études préparatoires et se précipite sans cesse à de promptes applications».[25] La frivolité

21 Lettre à Warnkoenig, in: Motte, Lettres (n. 2) 1314, cité par J. L. Mestre, Les juristes aixois et la science juridique allemande au XIXième siècle, in: La coopération franco-allemande en Europe à l'aube du XXIème siècle, Aix, Marseille: Presses universitaires 1998, 105–123. – Notons également l'exemple significatif du *cours de droit civil français* de Zachariae traduit par Aubry et Rau en 1843. Ceux-ci, dans leur préface, constatent «une lacune à combler, un besoin à satisfaire». Ils cherchent un livre «à l'aide duquel ils puissent systématiser les connaissances acquises, un livre qui offre un plan d'étude pour les connaissances à acquérir encore. Ce livre, ils sont forcés de le dire, dût leur déclaration blesser la susceptibilité nationale, ce n'est pas en France qu'ils l'ont trouvé, c'est en Allemagne». Capacité de synthèse donc, que l'on ne trouve pas ou plus en France et qui en Allemagne est favorisée par une connaissance ou curiosité beaucoup plus éclectique quand les juristes français se cantonnent à une sèche exégèse.

22 Monod, Du progrès (n. 13) 26.

23 O. Motte, Sur la genèse allemande d'un nouveau paradigme de l'histoire du droit, Berne 1986, 163.

24 Motte, Sur la genèse (n. 23) 164.

25 Thémis 3 [1824] 1. Notons ici encore la nouveauté de cet esprit; le français besognait moins vite au XVIIIième puisque les idées des Lumières ont au bas mot mis cinquante années avant de se cristalliser dans la Déclaration des droits de l'Homme. On peut d'ailleurs se poser la question de savoir si les Lumières ont été à l'origine (entre autres) de la Révolution, ou si a contrario et a posteriori, ce n'est pas la Révolution qui a crée les Lumières en harmonisant un faisceau touffu de réflexions. Voir à ce sujet, R. Chartier, Les origines culturelles de la Révolution française, Paris: Seuil 1990. Il reste que l'influence extraordinaire de la législation révolutionnaire et les débats politiques intenses qui ont jalonné cette période ont éloigné les français de la recherche théorique qui leur semblait jusqu'alors réservée. Ne disait-on pas dès le Moyen-âge que l'Italie avait la papauté, le Saint-Empire l'empereur et la France l'université?

désormais l'emporte. Les ouvrages à vocation scientifique ne se vendent plus; «on n'achète que les pamphlets et les ouvrages légers, non seulement en politique, mais en jurisprudence».[26] «La science fait peur et un in-quarto effraye les lecteurs ordinaires».[27] Foucher abonde dans le même sens: les livres en latin sont dédaignés car le français aime «la besogne toute faite».[28] Dans ces conditions, on comprendra l'indigence des études sur le droit romain, lequel est négligé dans la plus grande partie de la France. Pervinquière cite l'exemple de Ruffat, professeur à Toulouse qui publie un commentaire sur les Institutes «dans lequel Gaïus n'est même pas cité».[29] Jourdan est beaucoup plus virulent à l'égard d'un ouvrage de Delvincourt: « c'est la collection la plus complette (sic) d'antiques âneries que je connaisse [...] Un homme capable d'une ignorance aussi volontaire ne peut être qu'un ennemi de la science».[30]

Attaques en règle donc contre l'école de l'exégèse qui considère de façon générale que l'étude historique est sans valeur pour celui qui veut acquérir la connaissance du droit, voire même qu'elle est dangereuse pour celui qui n'est pas encore parvenu à cette connaissance. Les adeptes de la méthode historique considèrent à l'inverse que «la législation nouvelle a considérablement retardé, entravé les progrès de la science»[31] et que dorénavant les lois doivent être éclairées par l'histoire. Il faut «détruire avec l'autorité des textes l'autorité usurpatrice des commentateurs»,[32] c'est-à-dire repenser entièrement l'édifice juridique en brisant la routine. Cette reconstruction passera notamment par la création de la *Thémis*, la traduction d'ouvrages allemands, l'insatiable curiosité intellectuelle de Jourdan, Klimrath, Lerminier, Laboulaye, Pellat qui sollicitent toujours davantage leurs homologues allemands, et se déplacent dans toute l'Europe. Il en résulte de nombreuses publications qui touchent toutes les branches du droit. Il n'est que de lire la correspondance de ces jeunes gens pour se rendre compte de leur enthousiasme et surtout de leur joie à relater les progrès de la nouvelle science et à exposer leurs actions *in concreto*. Parmi celles-ci, deux semblent particulièrement dignes d'intérêt parce qu'elles n'ont pas obtenu la reconnaissance qu'elles méritaient. Il faut tout d'abord insister sur le fait que la réception en France des thèses de Savigny ne s'est jamais faite au détriment du Code civil. Non à l'exégèse certes, mais oui au code civil! On trouve une manière de manifeste dans une lettre de Jourdan à Clossius du 9 février 1821: «Prenez garde à vous

26 Pardessus à Lappenberg, 15/11/1831, in: Motte, Lettres (n. 2) 1370.
27 Pardessus à Warnkoenig, 07/04/1834, in: Motte, Lettres (n. 2) 1406.
28 A Warnkoenig, 25/12/1837, in: Motte, Lettres (n. 2) 695.
29 A Warnkoenig, 14/01/1834, in: Motte, Lettres (n. 2) 1462.
30 A Warnkoenig, 11/01/1824, in: Motte, Lettres (n. 2) 975.
31 Jourdan à Warnkoenig, 11/12/1821, in: Motte, Lettres (n. 2) 939.
32 Jourdan à Warnkoenig, 03/02/1822, in: Motte, Lettres (n. 2) 943.

Messieurs, tout s'ébranle en France. La *Thémis* a donné une grande impulsion: l'année 1821 verra éclore un grand nombre de productions nouvelles; souvenez-vous que nous respirons le même air que Cujas, Doneau et Pithou; nous nous efforcerons de ne pas nous rendre tout à fait indignes de nos devanciers et de ne pas prêter plus longtemps foi d'hommage à une *Thémis* étrangère [...] et peut-être serez-vous vaincus au XIXième comme au XVIième. Si nous ne pouvons nous-mêmes accomplir cette grande œuvre, nous léguerons notre vengeance à nos successeurs».[33] Klimrath, de la même façon, entend préserver son originalité: «nous n'entendons pas dire que les définitions que nous donnons du droit et de la loi, et notre manière de les distinguer, appartiennent à l'école historique allemande, mais seulement la distinction en elle-même».[34] L'un et l'autre gardent leurs distances vis-à-vis de l'Allemagne. Jourdan considère le code, «le chef-d'œuvre politique du siècle»,[35] comme «un acquis intangible»[36] et n'entend pas le remettre en cause. Il s'agit pour lui et ses successeurs d'étudier les origines historiques du droit pour connaître ce qu'il a été, et ses origines philosophiques pour connaître le droit en général, tel qu'il doit être. Autrement dit, la science du droit est liée à la philosophie et à l'histoire. Or, le code est un moment de cette histoire, et c'est sous toutes ces facettes qu'il doit être appréhendé. Si les juristes français rejettent ainsi «la confusion établie par la doctrine régnante entre la science du droit et l'interprétation du code»,[37] c'est surtout pour refuser l'interprétation et non pas ce qui en est la cause. La pensée de Savigny semble se retourner contre elle-même puisqu'elle sert à légitimer un monument contre lequel il avait bâti son *Vom Beruf*. Paradoxe auquel s'en ajoute un second: à bien y regarder, le cas français nous paraît en parfaite conformité avec la pensée savignienne. Selon celle-ci, «le Droit ne connaît pas de halte; il est soumis, comme toute autre manifestation de l'âme populaire, au même mouvement et à la même évolution et cette évolution est régie par la même nécessité interne. Le droit grandit ainsi avec le peuple, il se développe avec celui-ci et finit par disparaître lorsque le peuple vient à perdre ses particularités profondes».[38] Mouvement, évolution, croissance, autant de notions qui impliquent «à l'instar du corps humain» un développement «ininterrompu» au gré de l'histoire. Mais à quel rythme? A. Dufour conclut «à la lenteur et à la continuité de la conception savignienne du rythme du développement du droit qui s'apparente

33 Motte, Lettres (n. 2) 926.
34 Klimrath, Travaux (n. 10) 9.
35 E. Laboulaye, Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric-Charles de Savigny, Paris 1842, 75.
36 Motte, Savigny (n. 1) 12.
37 E. Gaudemet, L'interprétation du code civil en France depuis 1804, Bâle, Paris 1935, 28.
38 Savigny, Vom Beruf ..., p. 11, cité par A. Dufour, Histoire naturelle ou nature historique du droit dans l'Ecole du droit historique, in: Recht zwischen Natur und Geschichte. Le droit entre nature et histoire, hg. von J.-F. Kervégan und H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main 1997, 152.

davantage au tempo caractéristique des processus organiques qu'à celui des créations de l'esprit ou des œuvres de l'imagination».[39] Le code, dans une telle construction a naturellement un effet dévastateur: il brise la ligne continue du développement du droit. Cela a été le cas en Allemagne. Là-bas en effet, «la Confédération germanique de 1806, dictée par Napoléon, avait montré comment, par une seule disposition d'un traité, tout l'ancien droit germanique pouvait être abrogé».[40] Mais en France, le code ne sort pas de nulle part.[41] Il s'inscrit dans une double tendance, pluriséculaire: une centralisation de plus en plus poussée qui devait obligatoirement déboucher sur une uniformisation du droit; un long travail sur les coutumes dont on peut dire «en voyant les choses d'en haut … que leur rédaction a constitué le premier travail préparatoire de la rédaction du code civil de 1804».[42] L'impulsion dans ce cas vient certes d'en haut et semble donc contrevenir au lent mouvement qui a les préférences de Savigny. Mais il ne s'agit pas de créer un droit nouveau, il s'agit de rendre plus fonctionnel un droit national, droit qui fera tant défaut à l'Allemagne et que Savigny remplacera par le droit romain.[43] En outre, ce sont bien des juristes et non le pouvoir royal qui ont fait émerger la notion de droit commun coutumier, droit spécifiquement français et qui ne sera pas oublié lors de la rédaction du code civil. Il semble donc qu'en France, le code soit le résultat inéluctable d'un long processus typiquement national[44] et que, de ce point de vue, il s'inscrive parfaitement dans la construction savignienne. Ce dernier pourtant reste muet à cet égard.[45] En réalité, son hostilité au code civil nous paraît tenir davantage à son application qu'à son élaboration: application politique (Confédération germanique) et application exégétique qui brise en effet la ligne continue du développement du droit. En d'autres circonstances, le code aurait sans doute obtenu son approbation, à plus forte raison lorsque l'on constate qu'il y a bien une vie juridique après celui-là. Il n'est que de rappeler le développement du droit de la responsabilité.[46]

Le code civil s'intègre donc parfaitement dans le patrimoine juridique français et, à ce titre, s'attire, à l'instar de Jourdan et de Klimrath, les sympathies d'autres juristes fortement germanophiles, tels Giraud[47] et Laboulaye.[48] Tous ont le souci d'en faire un pur produit du droit français.[49] Mais ici encore, les réflexions de Klimrath apparaissent particulièrement novatrices. Il est comme

39 Dufour, Histoire naturelle (n. 38) 157.

40 O. Beaud, Savigny et le droit public. Plaidoyer pour une lecture politique de l'œuvre de Savigny, in: Recht zwischen Natur und Geschichte (n. 38) 178.

41 Voir J. L. Gazzaniga, Le code avant le code, in: La codification, sous dir. de B. Beignier, Paris: Dalloz 1996, 21–32, et du même auteur: Rédaction des coutumes et codifications, in: Droits 26 (1997) 71–80.

42 R. Filhol, La rédaction des coutumes en France aux XVième et XVIième siècles, in: La rédaction des coutumes dans le passé et le présent, sous dir. de J. Gilissen, Bruxelles 1962, 78.

43 Voir Beaud, Savigny (n. 40) 181.

44 Jalonné d'ailleurs de tentatives ou de velléités d'unification infructueuses: Louis XI, Colbert, D'Aguesseau entres autres.

45 Il faut ici rappeler que selon Laboulaye «Savigny n'est pas hostile par principe à la codification, mais il est seulement prudent sur le moment de la codification» (cité par Beaud, Savigny (n. 40) 179). Mais peut-il en être autrement? Une codification, sauf dans des cas extrêmes, totalitarisme par exemple, n'est jamais qu'un aboutissement. Rome ne s'est pas faite en un jour!

46 Une autre hypothèse paraît envisageable qui pourrait expliquer en partie l'hostilité au code civil. Savigny et ses disciples allemands sont persuadés de l'origine franque des institutions françaises et partant, d'une source commune des droits français et allemand. Or, avec le code civil, les deux droits empruntent des routes radicalement opposées. En ce sens et selon cette optique, le code a pu effectivement apparaître comme un coup de tonnerre dans un ciel serein. Il faut attendre la fin du siècle pour que Fustel de Coulanges conteste l'origine franque des institutions et provoque d'ailleurs outre-Rhin «d'âpres discussions». Voir P. Ourliac, La féodalité et son histoire, in: RHD (1995) 1–21.

47 «Schon als Vertreter einer sich festigenden französischen école historique schreibt Giraud seine römische Rechtsgeschichte, weiss aber seine Neigung zur geschichtlichen Erfassung des Rechts mit der Bejahung des Kodifikationsgedankens zu verbinden», Bürge, Privatrecht (n. 7) 175.

48 En 1842, il publie dans la revue *Le droit* un article sur *la vie et les œuvres de Savigny.* Il développe la même conception du droit que ce dernier, mais s'en sépare «lorsqu'il admet la codification qu'il considère comme un moment de la réalisation du droit». Gaudemet, Les écoles historiques (n. 6) 110.

49 Par surcroît, le code est un moyen d'affirmer une supériorité française dans le domaine de la législation positive, moyen d'atténuer la supériorité allemande dans la science théorique du droit.

la synthèse parfaite de l'enseignement savignien et de la culture française. En 1833, il soutient son *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du code civil*. Le titre se suffit à lui-même. Il s'agit dans cette thèse de dégager les composantes germaniques du code Napoléon, mais surtout de montrer les liens étroits qui unissent la science juridique aux sciences historique, philosophique, politique et économique. Vaste programme qui l'éloigne du Volksgeist et lui impose une étude attentive du droit coutumier.[50] Son but est d'expliquer de façon exhaustive «la variété des formes prises par les coutumes et l'unité profonde de leur esprit, nécessairement national et français, qui n'apparaît qu'une fois la diversité reconnue en détail et analysée».[51] Ces coutumes forment comme une chaîne à l'extrémité de laquelle se trouve le code civil, dont les rédacteurs n'ont fait que retranscrire, en le corrigeant quelque peu, un fonds commun qui était à leur disposition. Ce code finalement serait une forme élaborée de la coutume, et contrairement à ce que pensait Savigny, il n'est pas un coup de frein brutal au développement du droit, mais bien l'histoire en marche.

On peut dans ces conditions s'étonner du rejet massif de ces thèses – en général – en France, particulièrement sous la Restauration, de façon moins sensible sous la Monarchie de Juillet. Encore convient-il de nuancer notre propos. Les préventions contre l'histoire restent très fortes, à tel point qu'à propos de son étude historique sur la saisine, Klimrath écrit à Mittermaier: «[…] J'ai ici récolté quelques louanges, mais surtout de l'indifférence. Pour les historiens, le travail est trop juridique et seul Michelet l'a apprécié; que les juristes aujourd'hui soient les ennemis de l'histoire du droit, vous le savez. Monsieur Foelix m'a avoué naïvement qu'il s'étonnait que Wolowski ait accepté mon article: il ne l'aurait jamais fait. Ab uno et optima quidam disce omnes».[52] L'attitude de Foelix est significative de la part d'un juriste plutôt favorable aux nouvelles méthodes et qui comptait parmi ses collaborateurs Mittermaier et Warnkoenig!

Le parcours est donc semé d'embûches pour les jeunes thuriféraires de l'Allemagne. Jourdan et Klimrath se voient refuser les portes de l'Université. Plus tard Laboulaye essuiera un refus à la faculté de droit de Paris. On emploie le terme de «petite secte»[53] vouée au germanisme,[54] d'où également la «jeune école germanique». Les partisans des anciennes méthodes ont selon Jourdan «juré une haine mortelle aux méthodes allemandes».[55]

50 Voir sur ce sujet l'article de J. Poumarède (n. 5). Sur le travail de Klimrath: «Mes matinées tout entières sont employées à l'histoire du droit français. J'ai d'abord parcouru les discussions du code civil dans Locré, pour m'emparer de tous les aveux qui s'y trouvent en foule sur l'importance de l'étude historique de notre droit et sur la langue coutumière des trois quart des dispositions du code …». A Mittermaier, 03/05/1833, in: Motte, Lettres (n. 2) 1009.

51 Assier-Andrieu, Le droit (n. 16) 129.

52 Motte, Lettres (n. 2) 1020: «und hier habe ich zwar einiges Lob, aber meistens Gleichgültigkeit geerntet. Für Historiker ist die Arbeit zu speziell juristisch, und nur Michelet hat sie gewürdigt; dass die hiesigen Juristen Feinde der Rechtsgeschichte sind, wissen Sie selbst. Herr Foelix gestand mir naiv genug, er wundere sich dass Wolowski den Aufsatz aufgenommen habe: er würde es auf keine Weise gethan haben. Ab uno et optima quidam disce omnes».

53 Jourdan à Warnkoenig, 27/05/1825, dans Motte, Lettres (n. 2) 987.

54 Lerminier, dans son Introduction générale à l'histoire du droit, 1829, XX parle de «terrible accusation de germanisme».

55 A Clossius, 03/01/1822, in: Motte, Lettres (n. 2) 907.

On peut s'étonner, avons-nous dit, car à bien y regarder, les civilistes et les partisans de la méthode historique poursuivaient le même but: mieux comprendre le code et l'expliquer. En réalité, au-delà des querelles de personnes (Jourdan et Delvincourt, Laboulaye et Valette) et de prébendes, les premiers n'ont vu dans les seconds que ce qu'ils ont bien voulu voir, à savoir leurs accointances avec l'Allemagne, et ont occulté les points qui pouvaient être de consensus. P. Rémy dans sa réhabilitation des exégètes les crédite «d'avoir acclimaté le code à la société française». Quelle plus belle acclimatation que celle qui eût lié le monument législatif à ses racines? Les civilistes ont, semble-t-il, de ce point de vue fait perdre à l'histoire du droit française plusieurs décennies (les créations de cours d'histoire du droit notamment seront tardives) parce qu'ils ont occupé abusivement le devant de la scène et laissé dans l'ombre ou la semi-obscurité un mouvement et des méthodes qui ne prendront véritablement leur essor que dans les trente ou quarante dernières années du siècle.

Pour le mieux comprendre, il faut reconsidérer l'effort scientifique initié par la *Thémis* qui est véritablement extraordinaire. Il s'agit de reprendre les études philologiques, de chercher de nouvelles sources, de retourner aux textes: «Notre devise est: les textes et l'ordre chronologique».[56] «Il faut reprendre la science à son berceau».[57] Tous ces jeunes gens insistent sur l'effort scientifique qui doit être fait. Il faut retourner dans les bibliothèques pour trouver de nouveaux ouvrages ou reconsidérer les anciens. On a le sentiment d'une ébullition scientifique à travers toute l'Europe. On parle de voyages à Milan, à Rome, en Belgique, en Hollande, en Ecosse, en Angleterre, on commente avec passion la découverte à Vérone de Gaïus. Cette vaste entreprise aboutit à de nombreuses publications savantes de sources. Citons Klimrath qui relate avec enthousiasme à Mittermaier son travail sur le *Grand coutumier*, sur les *Monuments inédits de l'histoire du droit français*.[58] Tout cela est à mettre en parallèle avec le «plus grand chantier historiographique jamais ouvert: la collection des documents inédits de l'histoire de France».[59] La publication des sources s'accompagne de savants commentaires, entendons d'une rigueur scientifique qui est toute moderne: «si quelques jurisconsultes avaient voulu se charger d'inventorier toutes les richesses que vous avez amassées depuis 1780 au-delà du Rhin, avec un *renvoi exact et perpétuel aux sources …*»[60] ou «c'est pour l'avenir, ce n'est pas pour le passé qu'il

56 Jourdan à Clossius, 15/10/1822, in: Motte, Lettres (n. 2) 907.

57 Jourdan à Warnkoenig, 03/02/1822, in: Motte, Lettres (n. 2) 943.

58 Ces travaux s'inscrivent dans un vaste projet dont l'initiateur est Guizot qui entend réserver une place centrale à l'histoire. C'est la discipline par excellence, propre à forger une âme nationale, un sentiment d'appartenance commune. En 1835, il met en place un comité spécial «chargé de concourir, sous la présidence du ministre, à la recherche et à la publication des monuments inédits de la littérature, de la philosophie, des sciences et des arts considérés dans leurs rapports avec l'histoire générale de la France». En 1834, il fonde la Société de l'histoire de France, dont la vocation est de «publier des documents originaux relatifs à notre histoire nationale, et à répandre, soit par une correspondance régulièrement suivie, soit par un bulletin mensuel, la connaissance des travaux épars et ignorés dont elle est l'objet». Un comité d'experts est appeler à le seconder. A. Thierry, J. Michelet, et E. Quinet vont participer à cette œuvre collective.

59 Poumarède, Défense et illustration (n. 5) 105.

60 Jourdan à Warnkoenig, 13/01/1822, in: Motte, Lettres (n. 2) 940. C'est nous qui soulignons.

faut stipuler les intérêts de la jurisprudence; un précis des nouvelles découvertes contenant seulement les points mis *hors de toute controverse* eût été d'un grand secours pour l'accomplissement de nos projets …».[61] On l'aura compris, il faut citer ses sources et reprendre les travaux qui se basent sur des généralités vagues.

Or, qu'est-il resté de ce travail au XIXième, quelle a été sa réception à l'échelle nationale si l'on passe du microcosme des historiens du droit au macrocosme universitaire? On peut mesurer semble-t-il cet impact si l'on considère le manifeste rédigé par Gabriel Monod dans la première livraison de la revue qu'il fonde en 1876, à savoir la *Revue historique*. Celle-ci apparaît effectivement comme un bon étalon car avec elle «une école se constitue dont les éléments jusqu'alors dispersés et inorganisés n'avaient ni doctrine clairement définie ni tribune régulièrement ouverte».[62] Que constate-t-on? Que l'impact *a priori* est nul! Monod brosse un tableau de la science historique française depuis le XVIième, paye au passage sa dette à l'Allemagne («c'est l'Allemagne qui a contribué pour la plus forte part au travail historique de notre siècle»), évoque Michelet, Guizot, Quenet ou Thiers, mais n'a paradoxalement aucun mot pour les adeptes de la méthode historique. Paradoxalement, car comment ne pas les évoquer lorsque l'on paye sa dette de reconnaissance à l'égard de l'Allemagne? Lacune d'autant plus surprenante à la lecture du programme proposé par Monod: «Sans être un recueil de pure érudition, notre revue n'admettra que des travaux originaux et de première main qui enrichissent la science, soit par les recherches qui en seront la base, soit par les résultats qui en seront la conclusion, mais tout en réclamant de nos collaborateurs des procédés d'exposition strictement scientifiques, où chaque affirmation soit accompagnée de preuves, de renvois aux sources et de citations, tout en excluant les généralités vagues et les développements oratoires» (avant-propos). Qu'encourage ici Monod sinon le travail sur archives et la référence aux sources, principes exposés plus tard dans le manuel de Langlois et Seignobos, toutes choses qui étaient déjà le leitmotiv des jeunes savants du début du siècle?

Et pourtant Monod estime qu'en France, l'histoire en est à ses débuts. Plus surprenant encore, cette phrase du même auteur dans le tome dix-huit de la revue: «C'est seulement quand nos coutumes et nos recueils juridiques auront été publiés que l'on pourra écrire une histoire du droit français».[63] Rappelons que de 1840 à 1880

61 Jourdan à Warnkoenig, 03/02/1822, in: Motte, Lettres (n. 2) 943.

62 C. O. Carbonell, Histoire et historiens, une mutation idéologique des historiens français 1865–1885, Paris: Privat 1976, 409.

63 Revue historique 18 (1894) 391. Constat précédé par les phrases suivantes: «Nous ne pouvons pas formuler un jugement d'ensemble sur son édition des *Etablissements de Saint-Louis* (Viollet), puisque nous n'en possédons encore que le tome II contenant le texte, et que le tome I sera rempli par l'introduction et le texte des sources des *Etablissements*. Mais nous pouvons déjà nous rendre compte de l'importance et de la nouveauté de son travail. C'est la première fois, croyons-nous, qu'un texte de droit français du Moyen-Age est publié d'après une méthode aussi scientifique, après une étude aussi complète des manuscrits, en distinguant aussi nettement (par des Italiques) les additions du rédacteur du texte et les sources qu'il a transcrites. L'édition de M. Viollet aura, croyons-nous, une heureuse influence sur l'étude du droit historique en France, cette étude si attrayante, si féconde, mais si difficile et si délaissée».

une bonne part de l'activité des historiens du droit est accaparée par les premières éditions savantes des grands coutumiers: *Jostice et plet*, *Conseil à un ami*, les *Coutumes de Beauvaisis*, le *Grand coutumier de France* …

On semble découvrir à la fin du siècle l'utilité et la nécessité d'un travail vraiment scientifique.[64]

Cette manière d'injustice réservée aux historiens du droit se double d'une seconde si l'on considère l'évolution de la science historique dans les facultés des lettres. Dans ses *Lettres sur l'histoire de France*, A. Thierry écrivait: «Dès l'année 1823, un souffle de rénovation commence à se faire sentir et à raviver simultanément toutes les branches de la littérature […] J'eus le bonheur de voir ce que je désirais le plus, les travaux historiques prendre une haute place dans la faveur populaire, et des écrivains de premier ordre s'y consacrer de préférence».[65] Mais de quelle rénovation parle A. Thierry? *A priori* pas de la méthode scientifique préconisée plus tard par Monod. Les souvenirs de Gabriel Hanoteaux publiés en 1936 sont à cet égard explicites: «Un débat s'était engagé entre deux écoles au sujet des méthodes de l'histoire. Quelle part convenait-il de faire à l'inédit? Les uns pensaient […] que la masse des faits et des renseignements déjà connus suffisait pour fournir le thème d'une philosophie éloquente et utile de l'histoire. Sans remonter aux maîtres de l'Antiquité […] Chateaubriand, Augustin Thierry, Michelet n'avaient pas été de grands fouilleurs d'archives. La provende à eux offerte par la documentation antérieure avait suffi à échauffer leur génie. Une puissante imagination, une haute faculté de synthèse, des dons exceptionnels d'écrivains avaient été les moyens des grandes œuvres laissées par eux […] D'autres esprits se montraient tourmentés de l'insuffisance de la documentation […] Le devoir s'imposait de remonter à l'origine des actes et à la pièce authentique […] Fustel de Coulanges réclamait d'une voix perçante: des textes, des textes! […] On levait les bras au ciel devant les imaginations des derniers volumes de Michelet».[66]

Enfin Langlois est plus radical encore dans ses conclusions. Selon lui, Fustel de Coulanges «a laissé des livres de cristal, systématiques mais fragiles, qui valent surtout comme œuvre d'art». Il conclut: «Qui donc a lancé le mouvement qui s'est développé en France depuis un demi-siècle? Personne!».[67]

Seconde injustice donc si l'on songe que les Michelet et autres Thierry, contemporains de Jourdan ou Klimrath n'ont manifeste-

64 En 1856 déjà, G. du Fresne de Beaucourt fonde la *Revue des questions historiques* et dans le bref avertissement par lequel s'ouvre le premier numéro, il écrit: «c'est aux faits que nous nous attaquons; c'est à l'aide de sources originales soigneusement recherchées, au moyen de textes scrupuleusement étudiés, des témoignages sévèrement contrôlés que nous tâcherons de rétablir la vérité historique».

65 Cité par Carbonell, Histoire et historiens (n. 62) 89. Remarquons qu'A. Thierry parle d'écrivains et non d'historiens.

66 Cité par D. et Y. Roman, Histoire de la Gaule, Paris: Fayard 1997, 31. Dans sa préface du tome III de son Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, Fustel de Coulanges écrit: «Dans ces recherches, je suivrai la même méthode que j'ai pratiquée depuis trente-cinq ans. Elle se résume en ces trois règles: étudier directement et uniquement les textes dans le plus minutieux détail, ne croire que ce qu'ils démontrent, enfin écarter résolument de l'histoire du passé les idées modernes qu'une fausse méthode y a portées […] Je n'éprouverai pas de scrupules à me trouver en désaccord avec quelques opinions régnantes pourvu que je sois d'accord avec les documents […] J'offense, sans y penser, tous ceux dont mon travail déconcerte la demi-érudition traditionnelle». Cité par A. Guerreau, Le féodalisme, un horizon théorique, Paris: Le Sycomore 1980, 47. Sur Fustel de Coulanges, voir F. Hartog, Le XIXième siècle et l'histoire, le cas Fustel de Coulanges, Paris: Seuil 2001.

67 Cité par Carbonell, Histoire et historiens (n. 62) 322.

ment pas accordé une grande attention aux travaux de ces derniers. A tout le moins est-il permis de supposer que ces travaux ont eu une audience très limitée dans le monde scientifique, et que corrélativement, l'école de l'exégèse a attiré à elle la majorité des regards en laissant dans l'ombre «la petite secte». Injustice d'autant plus curieuse que la domination intellectuelle de l'Allemagne après 1870 ne se dément pas. Jullian et Monod, entre autres, traversent le Rhin. En 1878, Joseph Reinach remarque: «Après 1870, l'influence de l'Allemagne est générale, s'exerce dans toutes les sciences de raisonnement et les sciences d'observation, histoire et philosophie, grammaire et linguistique, paléographie et critique des textes, lexicographie et archéologie, jurisprudence et exégèse».[68] L'histoire décidément semble se répéter, et l'on pouvait en conséquence s'attendre à davantage de publicité en faveur de juristes qui s'étaient réclamés de l'héritage de Savigny en conservant leur âme … française. On a le sentiment d'une solution de continuité dans la science juridique française, dont on a du mal finalement à dégager toutes les causes.

A proprement parler donc, l'Ecole historique française du droit en France est une coquille vide. Qu'en est-il de l'autre côté du Rhin?

II *Le regard allemand sur la science juridique française*

Le sujet est vaste et impose donc de se limiter. Le regard d'emblée se porte vers Savigny. En pure perte. Si les juristes français ne jurent que par lui, la réciproque n'est manifestement pas vraie. Dans la revue qu'il dirige,[69] un seul article qui souligne la création de la *Thémis* et qui lui accorde sa «protection».[70] Puis, le silence est total, qu'il s'agisse des activités de la nouvelle revue ou de ses disciples en histoire Français. Curieux silence qui s'explique sans doute en partie par le décalage qui existe entre sa perception historique et celle des Français.

A défaut du maître, les témoignages les plus prolixes se trouvent, nous semble-t-il, dans les revues, et plus particulièrement dans la *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes* dirigée par Mittermaier.[71] Celui-ci en a été pendant près de trente ans le maître-d'œuvre et il a développé une correspondance européenne d'une ampleur extraordinaire qui fait l'objet d'études actuellement en Allemagne.[72] Son but était notam-

68 Publié en 1899 dans Etudes de littérature et d'histoire, 54.

69 Die *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, fondée en 1815 pour lancer son mouvement avec une intention politique.

70 Savigny, Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte. Tome I (Livraison 1–5). Tome 2 (Livr. 6). Paris, au bureau de la Thémis, rue git-le-cœur, N4, 1819. 1820. 8., in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 4 (1820) 482–490.

71 O. Motte a consacré à cette revue une étude quasi exhaustive: Die Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes und die französische Rechtswissenschaft ihrer Zeit, in: Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte, hg. von Reiner Schulze, Berlin 1998, 111–214.

72 La correspondance de Mittermaier est en voie de publication sous l'égide du *Max-Planck-Institut* de Francfort (Juristische Briefwechsel des 19. Jahrhunderts, hg. von Barbara Dölemeyer und Aldo Mazzacane). Voir Briefwechsel Karl Josef Anton Mittermaier – Hermann Fitting, hg. und bearbeitet von Lieselotte Jelowik, Frankfurt am Main 2000; Briefwechsel Karl Josef Anton Mittermaier – Rudolf von Gneist, hg. und bearbeitet von Erich J. Hahn, Frankfurt am Main 2000; Briefe deutscher und Schweizer Germanisten an Karl Josef Anton Mittermaier, hg. und bearbeitet von Lieselotte Jelowik, Frankfurt am Main 2001 ainsi que Briefe von Mitgliedern der badischen Gesetzgebungskommissionen an Karl Josef Anton Mittermaier, hg. und bearbeitet von Dorothee Mußgnug, Frankfurt am Main 2002.

ment d'informer ses compatriotes des productions juridiques étrangères, et il a de ce fait initié un vaste mouvement de législation comparée. Dans ce contexte, les échanges entre Heidelberg et la France ont été nombreux[73] et particulièrement fructueux dans les matières qui nous occupent (histoire du droit, philosophie du droit, droit romain) en raison de la personnalité de Warnkoenig,[74] véritable trait d'union entre la France et l'Allemagne. Celui-ci s'était en effet assigné pour tâche de répandre en Allemagne la production juridique historique française, et on lui doit de la sorte de nombreux compte-rendus. La matière donc est relativement importante et permet d'appréhender les jugements rendus par les Allemands sur leurs collègues «en Papinien».

De surcroît, la revue paraît de 1829 à 1856, années au cours desquelles l'influence de Savigny en France, plus précisément sous la Monarchie de Juillet, est à son apogée. Elle est ainsi à bien des égards un témoin privilégié. L'étude qui suit est basée sur son dépouillement systématique, complété le cas échéant par la lecture partielle d'autres revues: *Die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Archiv des Criminalrechts* ou *Die Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft*. Une lecture exhaustive de la *Kritische Zeitschrift* permet de dégager un discours qui revient comme un leitmotiv au fil des numéros, sans souci chronologique: la science juridique historique française avait sombré dans l'abîme; au contact des Allemands, elle découvre la méthode historique, c'est-à-dire qu'elle redécouvre les vertus de l'histoire et peut à son tour prendre son essor. Scansions que nous adopterons en nous posant finalement la question de la représentativité de la revue.

A *La chute*

Un premier examen, même superficiel suffit tout d'abord à jauger la position dans laquelle les juristes allemands estiment se tenir vis-à-vis de leurs homologues européens en général et français en particulier. Les titres de certaines rubriques en effet sont révélateurs:

- Les progrès de la législation pénale danoise[75]
- A propos des progrès de l'étude du droit en Italie[76]
- Les progrès de la législation en Angleterre[77]
- Amélioration de la législation pénale française[78]
- Les progrès de la littérature juridique en France[79]

73 Motte, Kritische Zeitschrift (n. 71) 135 parle de 150 contacts. Notons que les rapports les plus intenses étaient entretenus avec les Strasbourgeois et notamment Lagarmitte et Klimrath.

74 G. Wild, Leopold-Auguste Warnkoenig, 1794–1866, Karlsruhe 1961.

75 Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes (dorénavant KZ) 15 (1843) «Die Fortschritte der dänischen Strafgesetzgebung».

76 Ibid., «Ueber die Fortschritte des Rechtsstudiums in Italien in Bezug auf die Rechtsgeschichte Italiens».

77 Ibid., «Die Fortschritte der Gesetzgebung in England».

78 KZ 27 (1855) «Verbesserung der französischen Strafgesetzgebung».

79 KZ 18 (1846) et 17 (1845) «Die Fortschritte der juristischen Literatur in Frankreich».

Dans ces articles, sinon dans l'intégralité de la revue, les maîtres parlent aux disciples.

De plus, à ne considérer que les rapports franco-allemands, les lacunes imputées aux Français sont nombreuses. Leur science juridique se trouve dans un état peu reluisant qui tient à l'incurie de l'organisation du système universitaire, incapable de faire germer quelque esprit que ce soit chez les jeunes français.[80] La science ne progresse plus, et les hommes de talent délaissent l'étude du droit. Les rares qui s'y adonnent le font uniquement dans un but pragmatique, si bien que «l'ensemble de la science juridique française» se trouve dans une période critique.[81] La philosophie du droit, l'histoire du droit, l'étude du droit romain sont non seulement délaissées, mais parfois même en pleine régression. Ainsi l'histoire de l'Etat et l'histoire du droit administratif, méritent selon Warnkoenig d'être entièrement reconsidérés.[82] Les travaux antérieurs à la Révolution étaient importants mais incomplets, surtout beaucoup «plus pratiques qu'historiques», et par conséquent, pour des lecteurs contemporains, source d'énigme et d'incompréhension. Quelques auteurs comme Capefigues (auteur d'une Histoire de Philippe Auguste), Bailly ou Bresson oeuvrent dans le bon sens, mais préparent seulement ce qui devra être une véritable étude critique. En somme, il faudra attendre la deuxième moitié du siècle pour que les juristes français s'emparent scientifiquement de ces domaines.[83]

Le droit romain: on sait l'importance de ce droit dans le Saint-Empire romain germanique où sa réception fut totale.[84] On sait l'intérêt de Savigny à cet égard: en 1815 paraît le premier volume de *L'Histoire du droit romain au moyen-âge*, travail dont la publication ne s'achèvera qu'en 1848. Entre-temps, en 1839, le maître livre son *System des heutigen römischen Rechts*. «Le droit romain auquel il se réfère n'est plus *l'usus Modernus* du XVIIIième siècle qu'il rejette. Ce qui l'intéresse, c'est le droit romain de Justinien dont il admire la perfection technique. Son propos est d'ordre scientifique et historique, non pas d'utilisation pratique. Le droit romain offre un modèle à étudier, non à appliquer».[85] Paradoxalement, c'est bien la conception que s'en fait Ortolan dans son *Explication historique des Institutes*: «… pas d'alliage hétérogène, pas d'importations d'idées modernes; son étude pour nous est une étude historique».[86] Paradoxalement, car malgré cette approche commune, Warnkoenig critique sévèrement l'ouvrage, lui

80 KZ 17 (1845) 273.

81 Warnkoenig, in: KZ 24 (1852) 2 et 3.

82 KZ 25 (1853) 260–261.

83 On retrouve ce jugement dans un compte rendu sur: «Recherches sur l'origine de la coutume de Normandie» par M. Daviel, avocat à Rouen, de la Société des antiquaires de la Normandie, extrait du second volume de la *Revue Normande*, Caen, 134: «Nur die Staats- und Rechtsgeschichte ist da, wie überhaupt in Frankreich, vernachlässigt», KZ 7 (1835) 320.

84 Voir pour cette période M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, tome II, 1800–1914, München 1992.

85 Gaudemet, Les écoles historiques (n. 6) 99.

86 KZ 13 (1841) 38.

reprochant notamment de n'être qu'un résumé de droit romain,[87] et d'employer un style qui se prête davantage à la littérature qu'à la science. Mais la critique principale se veut plus générale et sonne comme une condamnation sans appel: le juriste le plus exigeant, le plus compétent (comprenons un allemand), ne peut qu'émettre un jugement défavorable sur l'ouvrage. A l'inverse, un juriste familier de l'étude du droit romain en France ne pourra qu'en constater les progrès. En d'autres termes, les Français n'ont pas accès au Panthéon romain où trônent Savigny et ses émules, et par surcroît, ils ne tiennent aucun compte des critiques ou conseils que le dieu consent à leur adresser.[88]

Comment expliquer ce jugement radical? La faute en incombe notamment[89] à l'organisation des études juridiques centrée autour du code civil, sur lequel l'étudiant doit pendant trois ans écouter un «cours approfondi». Parallèlement à cela, les *Institutes* de Justinien ne sont abordées que pendant deux ans et de façon moins intensive. En 1826, la Faculté de Paris organise des conférences sur les Pandectes, mais uniquement destinées aux doctorants et dont les thèmes sont toujours les mêmes. En résumé, la majorité des étudiants se contente d'un droit romain élémentaire, c'est-à-dire des quelques questions réponses délivrées par les manuscrits en usage. Les professeurs ont naturellement leur part de responsabilité dans cette déchéance. Plutôt que les sources, ils ont accoutumé d'utiliser des résumés, et Warnkoenig de citer Berthelot croyant faire progresser la science en mettant entre les mains de ses auditeurs les *Elementa juris civilis* de Heineccius, avec en regard la traduction française du texte latin! Pour tout dire, l'exégèse rappelle ce que fut l'approche scolastique[90] du droit romain.

Le droit canonique ne fait pas exception. Il n'est plus l'affaire de juristes, mais de clercs, et cette «misère» est d'autant plus surprenante que la France s'était jusqu'alors particulièrement distinguée dans ce domaine du droit. Il n'est que de rappeler les noms de Pithou, Thomassin, Fleury, Héricourt, Choppin, Durand de la Maillane …[91] De façon générale donc, la Révolution a tiré un trait sur le droit canonique, le droit féodal et le droit coutumier.[92]

La philosophie du droit enfin reçoit également sa part des critiques. Les auteurs français semblent davantage attirés par le gain ou une bonne place que par la science à proprement parler. En

87 «Die Généralisation du droit romain könnte eben so gut ein Résumé desselben genannt werden».

88 KZ 13 (1841) 43. Précisons que Warnkoenig absout de cette condamnation Pellat, Giraud et Laboulaye.

89 Selon Warnkoenig, in: KZ 9 (1837) 325.

90 On retombe finalement ici dans le schéma bartolistes-humanistes. Voir Warnkoenig, in: KZ 20 (1848) 4 et 5.

91 Et même quand les juristes traitent de droit canonique, ils omettent de citer les ouvrages allemands. Cf. Richter, in: KZ 17 (1845) 34.

92 Warnkoenig, in: KZ 24, 1852, p. 331.

ce domaine comme dans d'autres, la production européenne leur est étrangère, ce qui conduit à écrire des livres déjà écrits, ou à réfuter des auteurs déjà largement critiqués. En ce domaine comme dans d'autres, l'objection fondamentale est l'utilisation d'une méthode non critique et non historique.[93]

A ce tableau déjà bien sombre, il faut ajouter le peu de talent des Français à pratiquer les langues étrangères, et tout spécialement l'allemand. N'être pas capable de lire Savigny est une tare insurmontable.[94] Sans compter l'importance de l'étude des législations et des travaux étrangers, qui prive celui qui n'y a pas accès d'une source de connaissances fondamentales.[95]

Ignorance ou rejet de l'allemand,[96] tout cela conduit à un comportement frileux, de repli sur soi, dont l'exemple le plus significatif est sans doute celui de Lafferière. En 1836, il publie une *Histoire du droit français* vivement critiquée par Klimrath et Warnkoenig aux motifs généraux de ne pas s'ouvrir à la science juridique allemande dans le souci de conserver une originalité typiquement française. Plus précisément, il s'agit pour Lafferière et quelques autres historiens de nier l'influence germanique dans l'élaboration du droit français, et ce, à un double titre: affirmer l'origine «celtique» du droit français[97] et expliquer l'émergence des coutumes grâce au système féodal en faisant abstraction des lois barbares. La féodalité serait la cause, la source du droit médiéval.[98]

Les Allemands, à l'opposé, (mais également leurs émules français, dont Klimrath ou Koenigswarter) considèrent que la domination romaine a effacé toute trace du droit primitif français et accordent naturellement une place déterminante aux lois barbares.[99] Lafferière se rangera à ces critiques et se justifiera en insistant sur le fait qu'à l'époque «l'école allemande menaçait de déranger le cours de la science juridique en France». Curieuse explication lorsque l'on constate qu'à partir de 1830, beaucoup de juristes français font le voyage d'Heidelberg et que cette ville exerce une fascination à nulle autre pareille sur des Lerminier, Klimrath, Bluntschli …[100] A tout le moins avons-nous là une preuve de la césure profonde qui existe en France entre les pros- et les antigermanistes. Mittermaier peut donc conclure à propos du même ouvrage en déplorant la mauvaise utilisation et l'incompréhension des sources coutumières par les français alors même qu'ils ont la chance d'en posséder une collection considérable grâce à leur «Coutumier général».[101]

93 Warnkoenig, in: KZ 1, 1829, p. 284.

94 Entres autres exemples cette critique de Warnkoenig à propos *Du mariage romain chrétien et français considéré sous le rapport de l'histoire, de la philosophie, de la religion et des institutions anciennes et modernes* par J. B. Picot, théologien, docteur en droit, Paris, 1839: «man muss vorerst bedauern, dass er die deutsche Literatur über das Eherecht, mit Ausnahme einer Aeusserung Savigny's im ersten Bande seiner Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter durchaus ignoriert». Warnkoenig, in: KZ 22 (1850) 430.

95 Mittermaier, in: KZ 6 (1834) 159. Dans le même numéro, p. 499, il résume tous les griefs que les juristes allemands sont en droit d'opposer à leurs homologues français: ces derniers se contentent d'apprendre les lois par cœur, collectionnent les cas d'espèce, négligent les sources, la philosophie du droit est toute pragmatique … Pour toutes ces raisons, il salue avec plaisir la naissance de la revue de Foelix, in: KZ 7 (1835) 494, plus précisément la *Revue étrangère de législation et d'économie politique par une réunion de jurisconsultes et de publicistes français et étrangers*, fondée en 1834. Revue de droit comparé qui s'adjoint de nombreux collaborateurs étrangers, notamment Warnkoenig et Mittermaier. Le même Foelix d'ailleurs, dans un compte rendu qu'il donne à propos du *Recueil général des anciennes lois françaises depuis 418 jusqu'en 1789*, par Isambert, Decrusy et Tallandier, a les mots suivants: «schade, dass die Herausgeber von Savigny's damals längst erschienene Geschichte nicht gekannt haben; sie würde ihnen manche Verbesserung angezeigt und Stoff zu vielen interessanten Noten gegeben haben». in: KZ 3 (1831) 170.

96 Dans son Histoire du droit romain (Paris, 1821), Berriat-Saint-Prix regrette d'ailleurs de n'avoir pu consulter les ouvrages de Hugo et de Savigny.

97 KZ 25 (1853) 55.

98 KZ 9 (1837) 164.

99 Ibid.

100 Motte, Kritische Zeitschrift (n. 71) 113.

101 KZ 9 (1837) 160.

En d'autres termes, toute l'histoire du droit français, des coutumes et de leur évolution à travers les siècles est à écrire!

Jugement sévère qui est en réalité une condamnation de l'exégèse. A n'avoir d'yeux que pour le code civil, la France se trouve totalement isolée, les échanges scientifiques avec ses voisins n'existent plus. Seule compte la nouvelle législation. Il en résulte un dessèchement intellectuel dû à une méthode purement logique, scolastique, d'explication des articles, méthode, pour tout dire, à très courte vue.[102] Voyons Toullier, l'un des plus illustres représentants de cette école: il tire sa science de Grotius, Puffendorf et Heineccius. Ses références les plus récentes sont Wolf, Montesquieu et certains philosophes écossais comme Hume ou Ferguson, tous noms qui prévalaient dans les universités allemandes cinquante ans auparavant.[103] De façon générale, les mêmes auteurs sont inlassablement cités; pour preuve sur le mode ironique, cet avocat qui a réussi à faire libérer son client, pauvre hère volant pour se nourrir, en citant Grotius et Puffendorf.[104] Méthode desséchante, sans âme, où l'histoire est oubliée parce qu'elle n'est porteuse d'aucune application concrète. Elle peut parfois s'avérer utile, mais ne doit entraîner aucune perte de temps. La question française à la mode dans le cénacle juridique est donc: «Qu'est-ce qui peut m'être utile?»,[105] alors qu'à l'inverse, les Allemands, pour l'amour de la science, peuvent passer leur vie à explorer un domaine particulier.

Regards *a priori* sans complaisance portés par des juristes allemands à l'égard de leurs homologues français mais qui vont ostensiblement s'adoucir avec la réception en France des thèses savigniennes.

B *La réception de la méthode historique*

Rappelons en quelques mots la construction du maître, telle qu'elle apparaît en 1814 dans son manifeste *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Deux idées essentielles: d'une part, le droit est issu du «gemeinsames Bewustsein des Volkes», il est donc «un produit immédiat et spontané de la vie sociale, hors de toute intervention de l'Etat».[106] D'autre part, Savigny rejette toute idée de codification, procédé qui selon lui conduit à empêcher le développement naturel du droit.

Allons au-delà de ces deux piliers traditionnels du temple savignien. Celui-ci veut développer non pas une méthode juridique,

102 KZ 2 (1830) 146.
103 KZ 1 (1829) 284.
104 «Gazette des tribunaux», 24/11/1828, in: KZ 1 (1829) 285.
105 KZ 9 (1837) 333.
106 J. Krynen, Voluntas domini regis in suo regno facit ius, le roi de France et la coutume, in: El dret comü i catalanya, acte d'el VII simposy internacional, Barcelone, mai 1997, sous dir. de A. Iglesia Ferreiro's, Barcelone, 1996, 59–89. Voir également A. Dufour et son article sur «l'Ecole historique du droit» in: Dictionnaire de philosophie politique, Paris: PUF 1996.

mais une méthode historique de la science du droit. Le vocable «science» prend ici toute son ampleur puisqu'il permet d'insuffler au droit une portée universelle, autrement dit de ne le comprendre que par le prisme de l'histoire. Dans cette optique, la notion de législation positive n'a plus aucun sens et la science juridique pourrait se définir comme la présentation historique de la fonction législative d'un certain Etat à une époque donnée. L'histoire ici ne s'arrête pas aux dates, à l'événementiel, mais est une entité en perpétuelle mutation. Dans cet espace, la législation se développe sans législateur, donc sans sujet défini, comme un processus qui s'accomplit lui-même. On perçoit mieux désormais la condamnation de l'exégèse, puisque Savigny n'admet que le traitement historique, c'est-à-dire la volonté de comprendre la législation dans un temps donné. Or, qu'est-ce que l'exégèse sinon l'arrêt de ce processus, de la même façon finalement que si l'on se contentait de lire toujours la même heure à un cadran arrêté. Dans ce système enfin, le juge joue un rôle essentiel puisqu'il est le dépositaire du droit.[107]

L'école historique justifie ainsi pleinement son label, en n'omettant pas de préciser qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une école du droit, mais d'une école d'une science du droit.[108]

Cette prééminence accordée à l'histoire, la *Kritische Zeitschrift* va la faire sienne, par l'intermédiaire notamment de Mittermaier et surtout de Warnkoenig. Ce dernier, déjà, dans le premier numéro de la *Thémis* daté de 1819 livrait un article intitulé: *De l'état actuel de la science du droit en Allemagne et de la Révolution qu'elle y a éprouvée dans le cours des trente dernières années*. L'auteur y désignait Hugo et Savigny comme les chefs de file d'une nouvelle école «critique à l'égard des législations de France, de Prusse et d'Autriche, et des écoles de droit».[109] Dans son numéro suivant, la *Thémis* publie un fragment d'un discours prononcé à l'ouverture d'un cours d'histoire du droit romain à Liège par Warnkoenig. On y apprend que l'histoire est nécessaire à la compréhension du droit romain, qu'elle «est pour celui qui veut acquérir la connaissance des lois romaines comme le fil qui guida Thésée au milieu des détours du labyrinthe; c'est elle seule qui peut le conduire; mais aussi, avec ce guide, toutes les difficultés s'aplanissent, les contradictions disparaissent, les motifs de toutes les décisions se montrent à découvert».[110] «Elle (l'histoire) agrandit le droit civil qu'elle unit à la philosophie en nous montrant dans leur ordre naturel et

107 Le droit romain, dont on sait l'intérêt que lui voue Savigny, va servir à façonner le juriste grâce à «sa valeur formative incomparable». Motte, Savigny (n. 1) 81.

108 Cf notamment J. Rückert, Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, Baden-Baden 1997, dont nous espérons n'avoir pas trop déformé la pensée. Sur Savigny, on pourra consulter: G. Marini, Carl von Savigny, Naples 1978; J. M. Trigeaud, Notices pour l'histoire de la science juridique: Frédéric-Charles von Savigny, in: Revue d'Histoire des facultés de droit 5 (1987) 125–132; D. Nörr, Savigny philosophische Lehrjahre, Frankfurt am Main 1994.

109 Poumarède, Défense et illustration (n. 5) 109.

110 Thémis 2 [1824] 343.

chronologique la succession des idées du juste et de l'injuste, et par quelles variations et quels changements dans les principes du droit, les romains parvinrent à constituer ce grand système de jurisprudence».[111]

Dans la *Kritische Zeitschrift*, il va à plusieurs reprises développer ses conceptions sur l'histoire.[112] Le droit d'un peuple à une époque donnée est le résultat nécessaire de son passé, le produit de toute sa vie, un effet des relations tissées entre chaque composante sociale, en somme, un miroir de sa façon d'être.[113] Il ne peut donc s'appréhender qu'à travers le prisme de l'histoire. Plus concrètement, toute loi ou tout livre de lois trouve sa source dans les anciennes coutumes, dans les anciennes lois et dans les apports des juristes. Le rôle de la science est de donner à ce mélange son unité. L'histoire du droit, quant à elle, si elle veut être de quelque utilité, ne doit pas être une simple collection de principes juridiques anciens, mais doit s'attacher à suivre la naissance et le développement des institutions en tenant compte des différents éléments qui agissent sur celles-ci. Cela ne signifie pas que l'on doive se contenter d'exposer ces éléments et leurs effets sur la formation du droit. L'essentiel est de partir du sujet, de l'institution et de ne les utiliser – ces éléments – qu'autant qu'ils servent à la compréhension de sa genèse et de son développement.[114] L'histoire du droit devient ici génétique et organique. Pour poursuivre la métaphore, le cœur humain ne se suffit pas à lui-même; il a besoin pour fonctionner du sang, des vaisseaux …

Une fois les Français persuadés de l'utilité de l'histoire, alors les critiques vont s'effacer devant les louanges.

C *La Rédemption*

Les travaux français vont ainsi de nouveau faire honneur à la communauté scientifique (a). Quelle sera l'interprétation allemande de ce renouveau? (b)

a) Le Français a la chance d'être doté d'un «esprit» reconnaissable entre tous. Il est rare de trouver un livre qui ne soit traversé par «des éclairs de l'esprit» enflammant l'imagination et stimulant le lecteur,[115] signes d'un esprit pratique, vif, qui permet de cerner rapidement l'étendue d'un problème traité généralement de façon vivante, claire et attractive.[116] A partir des années 1820, cet esprit va trouver un terrain favorable pour donner à nouveau de

111 Thémis 2 [1824] 344.
112 Notamment, KZ 2 (1830) 144 ou 9 (1837) 332.
113 «Eine Wirkung der geselligen Verhältnisse und seiner individuellen Art zu sein», KZ 2 (1830) 146.
114 KZ 25 (1853) 54.
115 Mittermaier, in: KZ 9 (1837) 289.
116 Mittermaier, in: KZ 17 (1845) 172.

beaux fruits. Esquissons tout d'abord la trame générale de cette «renaissance». En 1819, on assiste à un réveil des rapports juridiques franco-allemands, grâce à la création de la *Thémis*, sous l'égide notamment de Jourdan, Du Caurroy, Demante et Blondeau. Le maître d'œuvre de cette dynamique est sans conteste Jourdan qui meurt prématurément en 1826. Lerminier puis Klimrath assurent la relève. En 1830, la *Thémis* donne son dixième et dernier numéro. Sept ans plus tard, Klimrath meurt à son tour prématurément. Ce sont alors les revues de Foelix et Wolowski[117] qui permettent de prendre connaissance de la production allemande, production qui trouve également un fervent disciple et propagateur en la personne de Laboulaye. Prennent ensuite rang les Koenigswarter, Ginoulhac, de Rozière, Dareste, les trois derniers notamment comme fondateurs avec Laboulaye de la *Revue historique de droit français et étranger* (1855). Le même Laboulaye publie d'ailleurs dans le premier numéro un article intitulé: «De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir», qui sonne comme un manifeste.[118] Citons enfin le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* animé par Benech jusqu'à sa mort en 1855, auquel la *Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft* rendra hommage en 1859 dans son cinquième tome.[119]

Quel a été l'écho rencontré par tous ces personnages ou la plupart d'entre eux dans la revue de Mittermaier? La création de la *Thémis* a été pour Jourdan l'occasion de nouer une correspondance européenne. Ducaurroy nous apprend[120] que lui «arrivaient en même temps les opuscules anglo-romains de M. Irving, de M. Reddie, et les nombreuses dissertations que publie l'Allemagne; les *Elementa* d'Heineccius, imprimés à Edimbourg en 1822, et les nouveaux textes découverts au Vatican et à Turin». De plus, sa bibliothèque renfermait des livres qu'il faisait venir à ses frais et qu'il était impossible de trouver ailleurs. Curiosité universelle donc, mais plus particulièrement tournée vers l'Allemagne. Il apprend la langue de Goethe avec beaucoup de vélocité et veut, écrivait-il à Mittermaier alors que sa santé était déjà chancelante, «défrayer la *Thémis* de toutes les nouvelles de l'Allemagne et mettre beaucoup d'exactitude à ce compte rendu».[121] Il n'aura de cesse que de rentrer en contact avec des professeurs allemands et entretiendra notamment une correspondance active avec Warnkoenig et Mittermaier,[122] celle-là devenant «le principal centre d'impulsion des relations franco-allemandes».

117 *Revue de législation et de jurisprudence* fondée en 1835, accorde moins de place que la revue Foelix à la législation comparée, mais couvre un très large éventail de matières: Economie politique, Histoire du droit, Droit administratif, Philosophie du droit. Sur ces revues et leurs auteurs, cf. Rémy, Le rôle de l'exégèse (n. 4) 103.

118 On peut sur toute cette période lire un article de Warnkoenig dans une revue concurrente de la KZ: *Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft*, 4 (1857) 485 et plus.

119 Entre autres: «Sie liefern (travaux de l'Académie) wieder einen Beweis von dem frischen kräftigen Leben im Rechtsstudium Frankreichs und von dem ächt wissenschaftlichen Geiste der gegenwärtigen Generation der französischen Rechtsgelehrten», p. 19.

120 Cité par Motte, Lettres (n. 2) 894.

121 Jourdan à Mittermaier, 12/02/1826, Motte, Lettres (n. 2) 895.

122 A ce sujet, cf. Motte, Lettres (n. 2) 900–903.

On pouvait donc s'attendre à trouver dans la *Kritische Zeitschrift* l'écho de cet enthousiasme. Ce n'est pas le cas.[123] On déplore immanquablement sa mort prématurée, mais il n'apparaît en définitive que comme le fondateur de la *Thémis* et l'introducteur en France des travaux allemands. De ses propres travaux, de son activité scientifique, de ses conceptions vis-à-vis du code civil notamment, il n'est jamais fait mention. Lacune comblée en partie par Warnkoenig dans la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*,[124] mais qui étonne dans une revue qui se proclame ouvertement européenne. Sans doute est-il mort trop tôt et a-t-il eu le tort, malgré son inlassable activité, de ne publier que des articles (à tout le moins aucun ouvrage marquant), matériau qui donnait trop peu de grain à moudre à la *Kritische Zeitschrift*. Sans doute également l'accueil mitigé de Savigny, qui condescend en guise d'encouragements à accorder sa protection à la *Thémis*, mais qui n'oublie pas de préciser que certains articles présentent des faiblesses et sont peu convaincants,[125] sans doute, cet accueil a-t-il dès l'origine condamné Jourdan à une semi-obscurité. O. Motte estime que «la place essentielle qu'il donnait à la codification, à la fois vecteur et critère des progrès du droit»[126] explique l'indifférence allemande. Remarquons néanmoins que Klimrath, qui à beaucoup d'égards est un autre Jourdan, a bénéficié d'une attention plus soutenue de la part de la *Kritische Zeitschrift*.

L'introduction générale à l'histoire du droit de Lerminier (1829) et deux années plus tard, sa *Philosophie du droit* (1831) trouvent davantage grâce aux yeux des rédacteurs de la revue qui leur consacrent plusieurs pages.[127] Le premier ouvrage est même présenté comme une manière de *dies a quo* de la renaissance juridique française, l'ouvrage de référence qui clôture une ère de décadence et inaugure un avenir qui s'annonce radieux, à condition toutefois de s'inscrire dans la dynamique ainsi initiée. Dans le cas contraire, les études philosophiques et historiques en France sont condamnées.[128] Et quelle plus belle marque d'estime un Allemand peut-il donner à un auteur français, si ce n'est diffuser son œuvre dans la patrie de Goethe. Ce privilège est accordé à Lerminier.[129] Au-delà de ses livres, qui sont comme les jalons de la renaissance, son action est fortement soulignée. Il parvient par exemple, malgré les résistances de l'université (chose impensable en Allemagne où l'université sait reconnaître les hommes de valeur) à entraîner deux cents jeunes gens dans son sillage qui

123 KZ 6 (1834) 491; 24 (1852) 3; 20 (1848) 5 etc.

124 Der Rechtsgelehrte Dr. Jourdan in Paris und sein Verhältnis zur Reform der Rechtswissenschaft in Frankreich, 7 (1831) 43–89.

125 Savigny, Thémis (n. 70).

126 Motte, Lettres (n. 2) 895.

127 Notamment, KZ 2 (1830) 144 et 5 (1833) 1 et plus.

128 «Möge es Herrn Lerminier glücken, in seinem Vaterland den Sinn für die Wissenschaft zu wecken, deren Untergang ohne eine kräftige Wiedergeburt des philosophischen und historischen Studiums unvermeidlich ist», Warnkoenig, in: KZ 2 (1830) 165.

129 «Als vor bald drei Jahren die *Introduction générale de l'histoire du droit* von Hn Lerminier erschien, begrüssten wir sie mit grosser Freude, und beeilten uns, das neue höchst anziehende Buch dem juristischen Publikum Deutschlands vorzuführen …», Warnkoenig, in: KZ 5 (1833) 1.

redécouvrent ainsi l'intérêt des études philosophiques et historiques.[130]

A Klimrath, la *Kritische Zeitschrift* réserve également un traitement de faveur. Cela n'a rien d'étonnant si l'on considère les liens très forts qui l'unissent à l'Allemagne en général et à Mittermaier en particulier. Connaissant parfaitement l'allemand, s'étant à plusieurs reprises rendu à Heidelberg dont il gardera toujours la nostalgie, il «applique à l'histoire du droit français le cadre et les méthodes qui avaient été adoptés par les juristes allemands pour l'étude de leur propre histoire, leur empruntant même dans l'interprétation qu'il en donna un 'germanisme' qui lui fut vivement reproché».[131] Sa correspondance avec Mittermaier fait état de rapports presque filiaux; il s'y livre entièrement, parle de ses satisfactions comme de ses désagréments, et n'hésite pas à rudoyer l'Allemand lorsqu'il ne reçoit pas un numéro de la *Zeitschrift* dans lequel un de ses articles doit être publié.[132]

Ces rapports de sympathie se retrouvent donc dans la revue. Klimrath fait partie de ces jeunes savants qui ont fait le voyage d'Allemagne et allie au goût pour la science un talent et une profondeur certains. Ses travaux témoignent de la nécessité de connaître le droit coutumier si l'on veut comprendre le droit positif, et donc de faire appel à la méthode historique.[133] Il a ainsi très fortement stimulé l'étude du vieux droit français, qu'il ne coupe pas de ses racines et de l'esprit germaniques. On lui doit par exemple une nouvelle définition de la saisine.[134] Il apparaît en réalité comme le seul qui aurait pu faire avancer de concert les sciences juridiques allemande et française si la mort ne l'avait fauché prématurément.

Il est un autre aspect du travail de Klimrath, et plus généralement des juristes français qui attire l'attention de la revue: l'édition de sources. C'est là une preuve supplémentaire du dynamisme retrouvé. En 1835 et 1837, Klimrath publie respectivement le *Mémoire sur les monuments inédits de l'histoire du droit français au Moyen-âge*, le *Mémoire sur les Olim et le parlement*, et insiste sur la nécessité de publier les sources non encore imprimées.[135] Sa voix est entendue, et les sources franques et féodales sont bientôt publiées. Le gouvernement français soutient le mouvement d'aide au financement des «documents relatifs à l'histoire de France». De sorte que l'histoire du droit qui auparavant stagnait en raison de la pénurie de documents peut maintenant aller de l'avant. Et le temps n'est plus

130 KZ 2 (1830) 144–145.

131 Motte, Lettres (n. 2) 1006.

132 «Ich bin weder gewohnt noch gesonnen umsonst zu schreiben, zumal wenn mir nicht einmal ein Exemplar zukommen sollte», Motte, Lettres (n. 2) 1015.

133 KZ 6 (1834) 490–492. Mittermaier rend compte de *l'Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du code civil*, Strasbourg 1833.

134 «Wann wird endlich die Überzeugung allgemein werden, dass man viele Artikel des französischen Gesetzbuchs aus seinem Gewohnheitsrecht und daher aus dem Geiste des germanischen Rechts auslegen muss und nicht sich bemühen darf, jeden Artikel durch römische Rechtsansichten zu ergänzen?», Mittermaier, in: KZ 16 (1844) 139.

135 KZ 18 (1846) 315.

loin, écrit Warnkoenig en 1840, où une histoire globale (royaume et droit) pourra s'écrire.[136] La lumière déchire enfin l'obscurité.

Et effectivement, l'histoire s'écrit: les travaux du Comte Beugnot, de l'infatigable Pardessus, de Guérard, Troplong, Giraud, Koenigswarter, Laboulaye, le «discours de rentrée» de Dupin du 3 novembre 1845 qui reconnaît l'importance de l'étude du droit coutumier, les publications provinciales: Giraud en Bourgogne, Courson en Bretagne, Grégory en Corse …, tout cela est autant de preuves de la nouvelle vigueur du droit français.[137] Justice est également rendue aux historiens des facultés de lettres: Guizot dans son *Essai sur l'histoire de France* et son *Cours d'histoire moderne*, après lui les deux Thierry (Augustin et Amédée), Michelet et Mignet avaient déjà pressenti et préconisé cette orientation.[138]

Ajoutons à ce concert les traductions françaises de certains ouvrages allemands (Pfister, Hurter, Ranke)[139] et la conclusion s'impose d'elle-même de l'importance de ces travaux, car le droit français n'est qu'une branche du droit germanique.[140] Et Mittermaier de préciser, ce qui sonne quasiment comme une victoire, qu'il faudra bientôt étudier ce que l'histoire du droit allemande doit à son homologue française.[141]

En ce qui concerne le droit romain, le cheminement est le même. D'une façon générale, on reconnaît que les juristes français se sont familiarisés avec la production d'outre-Rhin.[142] Une mention particulière est décernée à Pellat, reconnu comme le meilleur spécialiste français,[143] dont nous savons par ailleurs qu'il osait jouter avec Savigny d'égal à égal, ainsi qu'à Giraud, deux auteurs qui doivent porter l'étude du droit romain en France vers les sommets, pour qu'enfin les Allemands puissent à leur tour s'inspirer d'un science étrangère.[144] Le sol de France, finalement, pouvait à nouveau être fécondé.

La création de nouvelles revues enfin témoigne également de l'activité retrouvée. Une revue est un organe important, elle opère la jonction entre les savants et les praticiens, elle donne un sens à la recherche en même temps qu'elle la stimule et peut agir sur l'opinion publique. La *Revue de droit français et étranger* dirigée par Foelix et *la Revue de législation et de jurisprudence* publiée sous la direction de Wolowski remplissent ces rôles et font honneur à l'esprit scientifique.[145] Surtout, elles permettent d'intensifier les relations franco-allemandes et de favoriser la circulation des informations.

136 KZ 13 (1841) 219. «Man ist erfreut zu sehen, wie vieles aufgehellt worden ist». La sémantique est ici intéressante. Les «Lumières» n'éclairent finalement la science juridique française qu'au 19ième!

137 Mittermaier, in: KZ 18 (1846) 149 et 17 (1845) 174.

138 Warnkoenig, in: KZ 18 (1846) 314.

139 KZ 12 (1840) 407.

140 Mittermaier, in: KZ 17 (1845) 174.

141 Ibid.: «Wir werden in einem besonderen Aufsatze zusammenstellen, was die germanische Rechtsgeschichte den neuen rechtshistorischen Arbeiten der Franzosen verdankt».

142 Guerard, Essai sur l'histoire du droit privé romain, Paris 1841; Pellat, Traduction du livre VII des Pandectes accompagné d'un commentaire, précédé d'un exposé des principes généraux du droit de propriété et de ses principes démembrements (sic), particulièrement de l'usufruit, Paris 1838; Giraud, Elémens de droit romain par Heineccius, traduits, annotés, corrigés et précédés d'une introduction historique, Paris, Aix 1835. «Pellat gilt als der gründlichste Kenner des römischen Rechts in Frankreich. Mehr als irgend ein anderer französischer Rechtsgelehrter, hat er die Quellen besonders des vorjustinianeischen Rechts studiert, mehr als irgend einer mit den Fortschritten des römischen Rechtsstudiums in Deutschland sich vertraut gemacht», KZ 13 (1841) 33.

143 KZ 13 (1841) 33.

144 KZ 11 (1839) 163.

145 KZ 17 (1845) 176–179 et aussi 6 (1834) 159 (Mittermaier).

b) Au terme de cette exégèse de la *Kritische Zeitschrift*, que constate-t-on? La France a chassé ses vieux démons et a retrouvé le chemin de la connaissance. Mais quelle connaissance et par quelles voies? Autrement dit, l'école historique française du droit a-t-elle une légitimité en tant que telle aux yeux des allemands? La réponse nous paraît assez clairement négative. A aucun moment, les rédacteurs de la revue ne parlent d'école historique française, c'est-à-dire qu'ils nient *de facto* son autonomie à un mouvement qui certes s'inspire des méthodes historiques élaborées en Allemagne, mais l'adapte à la situation toute particulière de la France. Dans l'hommage posthume qu'il lui rend, Warnkoenig parle bien des efforts de Jourdan pour créer une nouvelle école, mais il faut comprendre sortir du marasme ambiant et adopter les méthodes allemandes.[146] Le décalage est patent si l'on considère les expressions employées par le même Jourdan dans ses lettres à Savigny et à Warnkoenig: «succès en France de l'école historique, jeune école historique en France, nouvelle école historique française ...»[147] et si l'on se rappelle la place essentielle qu'il accordait à la codification, à l'instar ensuite de Klimrath et d'autres encore.

Le critère essentiel en réalité de l'appréciation des travaux français est la connaissance ou non de la production allemande. Les exemples pullulent. Citons-en un: «On voit que l'auteur est au fait des travaux sur l'histoire du droit des écrivains Allemands qu'il cite partout, et que ceux-là lui ont permis une utilisation plus facile des sources juridiques françaises».[148] Au fond, le contenu importe moins que la bibliographie.

D'autres indices prouvent cette propension à tout ramener à l'école allemande. Deux d'entre eux nous paraissent particulièrement probants. Dans une lettre du 23 janvier 1830, Lerminier[149] expose à et, semble-t-il, contre Savigny, un point de vue qui lui est propre à propos de la philosophie: «...Ce que vous dites, Monsieur, sur l'instabilité des systèmes (philosophiques) est parfaitement juste et spirituel, mais cette variété même d'opinions individuelles n'indique-t-elle pas un fonds éternel sur lequel travaille l'esprit humain depuis qu'il se développe et que par conséquent il n'est pas permis d'omettre».[150] On voit bien par quel biais Lerminier[151] entend rattacher la philosophie à la méthode historique, alors qu'à l'inverse, «la conception historique du droit de Savigny est une conception de l'histoire du droit étudié d'une façon entièrement isolée, sans aucune relation avec une autre réalité historique. Ce

146 «Die Bemühungen Jourdan's und seiner Freunde waren durch einige glückliche Umstände begünstigt, schnell zur Bildung einer neuen Schule gelangt, die freilich allein auf ihre eigene Thätigkeit beschränkt blieb», in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 7 (1831) 54.

147 A Savigny, 08/11/1824, 23/12/1825, in: Motte, Lettres (n. 2) 930; à Warnkoenig, 08/11/1824, ibid. 981.

148 KZ 8 (1836) 312, à propos de Klimrath: «man sieht, dass der Verfasser ... mit den rechtshistorischen Forschungen der deutschen Schriftsteller, die er überall anführt, genau vertraut ist, und dass sie ihm zum leichteren Benützen der französischen Rechtsquellen dienten».

149 Motte, Savigny (n. 1) 108.

150 Le paragraphe débutait ainsi: «L'antipathie que j'ai cru remarquer dans les soutiens de l'école historique contre la philosophie ne résulte pas tant d'attaques positives que d'un silence complet. Or Monsieur, s'il est vrai que l'élément philosophique est un élément nécessaire du droit, ne suit-il pas que la simple omission de cet élément constitue une ellipse dans la science et dénote une antipathie décidée. Et veuillez remarquer que ce fait s'élève au-dessus de tous les systèmes et est aussi vrai aux yeux des partisans d'Epicure et de Bentham, qu'aux yeux des partisans de Platon, de Vico et de Hegel».

151 Il (Lerminier) «qualifiait le code civil de 1804, monumental, intouchable et intouché de «composition entre l'histoire et la philosophie». Assier-Andrieu, Le droit (n. 16) 118.

n'est qu'un recueil des faits juridiques, qui révèlent tout au plus certains enchaînements réciproques, mais n'ont aucun rapport avec les autres relations économiques et sociales ni avec les idées politiques de son temps».[152] Bien plus, «ce qui caractérise la prétendue philosophie de l'Ecole soi-disant historique», c'est, outre «un mépris de son temps par rapport à la législation» une véritable «haine de la philosophie».[153]

Lorsqu'il évoque la philosophie du droit en France,[154] Warnkoenig développe effectivement les conceptions de Lerminier, mais il s'empresse, contre toute attente, de les rattacher à l'école allemande: «Les opinions [...] sont celles de notre école historique, élargies cependant et développées sur un fondement philosophique», et surtout: «Ces idées qui sont manifestement inspirées par la nouvelle philosophie allemande représentent les options fondamentales de l'auteur de *l'Introduction générale*».[155]

Le second exemple est plus net encore. En 1857, dans le tome quatre de la *Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft*, le même Warnkoenig écrit à propos des *Eléments de droit romain* de C. Mainz[156] (Paris 1856): «les Eléments de droit romain de Ch. Mainz sont le premier manuel de droit romain de langue française qui ne soit pas d'une valeur scientifique simplement relative mais absolue et nous devons nous féliciter que l'auteur soit un des fils de l'Allemagne». A cette date, nombre d'ouvrages français inspirés des nouvelles méthodes avaient déjà été publiés. Il n'est que de citer ceux de Pellat.

Omnipotence donc de l'école allemande qui ne voit dans les Français de la première moitié du siècle que des disciples et non des égaux. Tout se passe en réalité comme si la méthode historique faisait partie intégrante du système qu'elle entendait développer. De ce point de vue, Savigny ne serait qu'un maillon d'une chaîne de causalité propre à l'Allemagne, qu'un élément d'une histoire nationale. Méthode qu'il est possible d'exporter, en l'occurrence ici vers la France, puisqu'il est toujours possible de procéder par analogie, mais qui par définition aura un rendement moindre, puisque les conditions historiques ne l'y ont pas fait naître. Il s'agit de garder la tête du mouvement et en même temps d'en conserver l'originalité, c'est-à-dire la germanité: «L'Ecole historique allemande a affirmé que l'on pouvait individualiser les systèmes de droit, en ce que leurs soubassements les plus essentiels proviennent des traits mêmes qui fondent l'originalité d'un peuple. Les éléments

152 Z. Krystufek, La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne, in: Revue historique de droit français et étranger (1966) 59–75.

153 E. Gans, Das Erbrecht in Weltgeschichtlicher Entwicklung. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte, Berlin 1824, cité par Dufour, Histoire naturelle (n. 38) 128.

154 KZ 2 (1830) 146–147, «Die Ansichten ... sind die unserer historischen Schule, jedoch erweitert und auf eine philosophische Grundlage zurückgeführt», et surtout: «Diese Ideen, die ihre Deutsche Abstammung und zwar aus der neuesten Deutschen Philosophie verrathen, bilden etwa die Grundansichten des Verfassers der *Introduction générale*».

155 Sur les conceptions philosophiques de Warnkoenig, voir Wild, Warnkoenig (n. 74) 45. En réalité, Warnkoenig semble ne pas adhérer totalement aux conceptions de Savigny sur ce sujet, mais cela ne transparaît pas dans le compte rendu où l'Ecole historique est un bloc.

156 KZGR 4 (1857) 440, «Die Eléments de droit romain von Ch. Mainz sind das erste in französischer Sprache geschriebene Lehrbuch des römischen Rechts von nicht bloss relativem, sondern von absolutem wissenschaftlichen Werthe und wir dürfen Deutschland Glück wünschen, dass einer seiner Söhne dessen Verfasser ist».

qui perdurent dans l'histoire, en dépit des tendances à l'uniformisation opérées par les législations d'Etat seront volontiers considérés comme des gisements bruts de marqueurs d'identification. Mais en Allemagne on opère par recherche des traits communs de la germanité, beaucoup plus que par prise en compte des solutions culturelles adoptées par d'autres identités nationales».[157]

Est-ce forcer le trait de dire que finalement les Français étaient des nains juchés sur des épaules de géants? Au-delà de toute conjecture, nous avons là autant de preuves de la stature exceptionnelle de Savigny dans la première moitié du siècle, qui est le phare incontesté du droit.

Reste à se poser la question de la représentativité de la *Kritische Zeitschrift*.

D *Représentativité de la* Kritische Zeitschrift?

Il est évident qu'avec l'étude de celle-ci, nous ne pouvons prétendre représenter l'ensemble de la production allemande de l'époque. Mais elle nous paraît un échantillon fiable du point de vue de l'histoire du droit en général. O. Motte, dans son étude approfondie de la revue, expose parfaitement les réserves scientifiques que l'on peut émettre à propos du travail des collaborateurs qui s'occupaient plus particulièrement du droit français. On devait écrire beaucoup et vite; la qualité s'en ressentait. De sorte que Mittermaier par exemple publie également ses compte rendus à propos de travaux français dans la revue *Archiv des Criminalrechts*.[158] En réalité la légitimité scientifique de la revue au regard du droit positif français est bien faible, en raison notamment du petit nombre de ses collaborateurs.[159] Elle s'apparente davantage à un cercle de sympathisants qu'à une instance neutre et objective. Les critiques généralement ne sont pas sévères, et l'on tire gloire en France de trouver son nom mentionné dans la revue, à tel point que l'article en question fait aussitôt l'objet d'une traduction.[160]

La perspective est différente si l'on considère l'histoire du droit. D'une part, parce que le maître lui-même manifeste une indifférence polie envers la production française. Nous avons déjà dit le sentiment pour le moins réservé exprimé lors de la création de la *Thémis*. C'est toujours en réponse aux sollicitations qu'il réagit, «en correspondant d'ailleurs peu assidu dont les lettres se font

157 Assier-Andrieu, Le droit (n. 16) 127.
158 Motte, Kritische Zeitschrift (n. 71) 125.
159 Motte, Kritische Zeitschrift (n. 71) 127.
160 Motte, Kritische Zeitschrift (n. 71) 168.

toujours attendre […] Il n'y a jamais un mouvement spontané de sa part».[161] Hugo a peu ou prou le même comportement: il prend simplement acte de la création de la *Thémis* dans la *Göttingischen Gelehrten Anzeigen*.[162]

D'autre part, parce que Warnkoenig est véritablement l'observateur privilégié de la science historique française, et qu'il est le seul à tenir ce rôle. G. Wild montre bien l'importance de ce dernier dans les rapports franco-allemands et insiste sur l'idée que sans son inlassable activité, sans son enthousiasme pour la science, l'école historique n'aurait pas eu un tel retentissement en France.[163] La réciproque s'impose en toute logique. De plus, la masse imposante de ses articles dans la revue relatifs à l'histoire du droit, à la philosophie du droit, au droit romain, permet de considérer qu'il y a là et sur ces sujets, l'essentiel de sa pensée.

Il faut également noter les liens particulièrement forts qui unissent Mittermaier à Klimrath, liens affectifs et surtout scientifiques. Klimrath gardera toujours la nostalgie d'Heidelberg, lieu où selon sa mère, sa curiosité scientifique reçut la nourriture adéquate, et dira à plusieurs reprises sa confiance dans les jugements, quant aux matières historiques, du professeur allemand.[164] Point de vue confirmé par Laboulaye, puisqu'à ses yeux, Mittermaier représente «mieux que M. de Savigny cette école savante et profonde qui a su allier d'une si heureuse façon l'histoire et le droit». De sorte que la correspondance franco-allemande est presque «tout entière dirigée vers lui (Mittermaier), dont l'activité et l'influence en France ne cessent pratiquement de croître jusqu'à sa mort en 1867».[165]

Enfin, il est intéressant de souligner la vision cosmopolite de Mittermaier qui prône une manière d'Europe des esprits,[166] vision dont il ne faut pas hésiter à souligner l'originalité en un temps où l'Allemagne marche à pas forcés vers son unité et où les systèmes de droit «se replient plus que jamais à l'intérieur de leurs frontières nationales»,[167] le droit apparaissant effectivement comme l'un des plus sûrs moyens de réaliser l'unité.

Des faits qui précèdent et qui tendent à montrer que la *Kritische Zeitschrift* peut être regardée comme une vitrine relativement transparente du jugement porté par les Allemands sur la science juridique historique française, on pouvait espérer une plus grande prise en compte de l'originalité des travaux d'un Jourdan ou d'un Klimrath. La géographie coutumière de la France par exemple

161 Motte, Savigny (n. 1) 11.
162 3 (1820) 1425.
163 Wild, Warnkoenig (n. 74) 26.
164 Motte, Lettres (n. 2) 1010 et 1030. Sur les compétences historiques de Mittermaier: «… Sonst würde ich nicht versäumt haben, da die Zahl competenter und wohlwollender Beurtheiler rechtsgeschichtlicher Studien so sehr beschränkt ist, Ihnen dasselbe zuzuschicken», 1017 ou: «Das Interesse welches Sie immer an rechtshistorischen Forschungen genommen, und das Wohlwollen welches Sie mir bezeugten, sind mir Ursache genug es Ihnen zu übersenden», 1019.
165 Motte, Lettres (n. 2) 46.
166 KZ 17 (1845) 174.
167 J. A. André, Ces âpres particularismes …», in: Droits 14 (1991) 17–26. Voir aussi J. L. Halpérin, Entre nationalisme juridique et communauté de droit, PUF, 1999.

(Klimrath) va bien au-delà de l'exaltation savignienne des caractères nationaux.

La *Kritische Zeitschrift* ne doit donc pas être considérée comme une tribune allemande pour la production française, mais bien plutôt comme une entreprise d'encouragements à de jeunes historiens, dont elle n'a pas su ou voulu analyser les œuvres en profondeur. L'exemple le plus net à cet égard est sans doute celui de Jourdan, dont E. Gaudemet a montré qu'il était conscient des insuffisances de l'école historique. Il avait bien vu «que le droit risquait avec elle de s'immobiliser dans le respect hiératique des formes du passé, il avait aperçu le dangereux fatalisme juridique auquel elle devait conduire ses adeptes»;[168] il était partisan d'un droit naturel qui se situe au-delà du droit positif: «c'est la raison et la conscience qui commandent aux législateurs comme aux peuples».[169] De tout cela, pas un mot.

Ce silence est d'autant plus surprenant que Warnkoenig a participé de très près à l'aventure de la *Thémis*, qu'il en a écrit le premier article,[170] qu'il en a fait la publicité auprès de tous les grands noms allemands de l'époque, Savigny, Niebuhr, Hugo, Birnbaum, Clossius, Keller, et surtout qu'il a tout fait pour assurer la pérennité de la revue après la mort de Jourdan. G. Wild le définit même, et le paradoxe est étonnant, comme son plus fidèle disciple.[171] Enfin, dans l'hommage appuyé qu'il lui rend par l'intermédiaire de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (où nous apprenons d'ailleurs que Jourdan était petit et maigre), long article de près de cinquante pages, à aucun moment, il n'évoque les conceptions de Jourdan vis-à-vis du code civil. Seuls apparaissent son inlassable activité d'éditeur de textes anciens, sa correspondance, ses voyages, ses problèmes avec l'université … Le personnage est lissé et s'inscrit ainsi parfaitement dans la mouvance allemande.

Comment peut-on expliquer ce hiatus? G. Wild nous donne ici encore la solution. Selon elle, si Jourdan n'avait pas élaboré dès l'origine un programme qui lui soit propre, la *Thémis*, en raison de l'activité de Warnkoenig, serait devenue un simple organe de l'école historique allemande en France.[172] Warnkoenig était et restait, ainsi que l'écrivait déjà Bonnecase, «le représentant fidèle de l'école historique allemande».[173]

Il est vrai cependant que cette vision stéréotypée – le renouveau français doit tout à l'influence allemande – ne va pas perdurer. Pour

168 Gaudemet, L'interprétation (n. 37) 28, cité par Motte, Savigny (n. 1) 12.

169 Thémis 6 (1824) 347; également: Quelques réflexions sur l'histoire de la philosophie du droit en France, in: Thémis 8 (1826) 97.

170 De l'état actuel de la science du droit en Allemagne et de la révolution qu'elle y a éprouvé dans les trente dernières années, Thémis 1 [1824] 7–24.

171 «Aber gerade jetzt erweist Warnkoenig sich als der treueste Anhänger Jourdans», Wild, Warnkoenig (n. 74) 25.

172 «Hätte Jourdan damals nicht konsequent sein eigenes Programm verfolgt, wäre die *Thémis* durch Warnkoenigs Aktivität zu einem blossen Organ der historischen Schule in Frankreich geworden»; Wild, Warnkoenig (n. 74) 24.

173 La Thémis, 1914, p. 222.

les juristes allemands de la génération suivante, le rapport s'équilibre. Ainsi Anschütz ose-t-il terminer son article à propos de *L'Histoire des principes des institutions et des lois de la Révolution française depuis 1789 jusqu'à 1800* de Lafferière par la question suivante: «Malgré toute sa richesse, malgré toute sa profondeur, qu'a fait la science allemande pour la législation?»[174] Il reste que ces nouveaux juristes, à aucun moment, ne relèvent l'existence d'une école historique française. A partir de la seconde moitié du siècle, l'influence de Savigny en France ira déclinant. Les juristes qui se réclament encore de son obédience, dont le plus célèbre est Laboulaye,[175] le font, semble-t-il, dans un but plus pragmatique. On associe l'école historique au libéralisme, ce qui «favorise une évolution constante» et permet de «ne pas endiguer le flot des changements nécessaires».[176] L'élan véritablement scientifique de Jourdan et Klimrath est sinon brisé, du moins ralenti. Ces deux étoiles filantes de l'histoire ont rejoint trop tôt leur empyrée pour cristalliser ce qui aurait pu être reconnu par les Allemands comme une véritable Ecole historique française. A considérer leur production incroyablement dense au regard de leur mort prématurée, il est permis de supposer qu'ils eussent pu orienter l'histoire du droit vers des voies nouvelles, qui auraient épuisé la synthèse de la méthode historique et de la codification.

Conclusion

Peut-on alors parler d'une Ecole historique française du droit? La réponse *a priori* est clairement négative des deux côtés du Rhin. Dans leur ouvrage consacré *aux Ecoles historiques*, G. Bourdé et H. Martin[177] n'en disent pas un mot. Savigny lui-même est cité une seule fois! Et pourtant comment ne pas décerner ce «label» à ces jeunes juristes que l'histoire a relégués dans l'ombre. Ils se sont certes inspirés des théories savigniennes, mais les ont francisées. Ils ont développé une méthode scientifique qui allait quelques décennies plus tard devenir la norme. Lisons Jullian: «la première base du travail historique est la lecture du document. Il faut lire les documents de l'époque dont on s'occupe, les lire tous, et sinon ne lire qu'eux, du moins n'accorder qu'à eux une entière confiance. Et par documents, il ne faut pas entendre seulement les textes imprimés des écrivains, mais les chartes, les pièces inédites, où se trouve

174 «… Denn was das Werk Lafferier's und Laboulaye's auszeichnet, ist der Blick auf die Legislation. Hierin, gestehen wir es offen, steht die deutsche Wissenschaft zurück. Bei allem Reichthum, bei aller Tiefe, was hat sie getan für die Gesetzgebung?», KZ 23 (1851) 255.

175 Sur le personnage, voir *Revue d'histoire des facultés de droit* qui lui consacre un numéro, 10–11, 1990 et également A. Dauteribes, Les idées politiques d'Edouard Laboulaye, thèse droit, Montpellier 1989.

176 Motte, Savigny (n. 1) 14.

177 Point Seuil, 1997.

souvent le meilleur de l'histoire, les inscriptions, les monnaies, les monuments de l'art. Il importe enfin de connaître et d'avoir visité le pays dont on refait l'histoire».[178] Jullian parle notamment de chartes. Soixante dix ou quatre vingt ans plus tôt, on éditait des chartes de franchise urbaine. Il faut avoir visité le pays dont on refait l'histoire: Jourdan s'est déplacé en Belgique, Hollande, Ecosse … Il n'est pas le seul. Mieux encore; en 1845, la *Revue historique de droit français* est fondée par Rodolphe Dareste et Laboulaye. «L'on demeure frappé, à feuilleter aujourd'hui la table des matières de cette revue et l'index de ses compte-rendus bibliographiques, au moins jusqu'au début de notre siècle, par l'étendue de ses curiosités. Véritable carrefour intellectuel, il n'est pas exagéré de dire que l'histoire du droit selon Savigny et Laboulaye, c'est un peu l'histoire sociale selon M. Bloch et L. Febvre puis F. Braudel: la Revue historique du droit, c'étaient les Annales!»[179] Et que voulait déjà Klimrath, sinon lier la science juridique avec les sciences historiques, philosophiques, politiques et économiques. Selon la belle formule que nous empruntons à C. O. Carbonell, «il faut faire un effort pour résister à la tentation de l'anachronisme et ne pas condenser ce programme dans la célèbre formule: Economies, Sociétés, Civilisations».[180]

Le XIXième n'est pas seulement le «siècle de l'histoire», il est le siècle de toutes les histoires. Celles d'un Jourdan ou d'un Klimrath, zélateurs d'une rigueur scientifique toute moderne, qui se veut objective. Celles d'un L. Blanc, d'un Michelet ou d'un Lamartine qui tous les trois publient au début de 1847 leur *Histoire de la Révolution française* (des *Girondins* pour Lamartine). Trois *Histoires* qui sont des instruments de combat, l'une pour le socialisme (Blanc), l'autre en faveur du peuple (Michelet), la dernière pour combattre … ses dettes. Trois *Histoires* qui doivent tout à la subjectivité. Les voix du début du siècle n'ont pas été entendues ou elles ont été étouffées. Sans doute l'histoire du droit a-t-elle souffert de n'avoir pas son Michelet, surtout d'être absente des facultés françaises.[181] Ajoutons à cela les rivalités entre les juristes et les littéraires, tous bien accrochés à leurs spécialités. Il n'empêche, cette volonté «d'une science juridique totale»[182] enrichie par l'histoire, la philosophie, la sociologie, qui a été la grande ambition du XIXième siècle, était déjà tout entière dans les écrits de jeunes juristes disparus trop tôt pour mener à terme leurs œuvres. Leur héritage sera fructueux puisque le dogme selon lequel

178 Cité par D. et Y. Roman, Histoire de la Gaule (n. 66) 31.
179 Assier-Andrieu, Le droit (n. 16) 125.
180 Carbonell, Histoire et historiens (n. 62) 403. Il employait cette formule à propos de Bourdeau.
181 Voir Ourliac, La féodalité (n, 46) 12.
182 Motte, Sur la genèse (n. 23) 28.

l'histoire se fait avec des sources et il n'est de sources qu'écrites, se maintiendra jusqu'au milieu du XXième siècle.[183] Pour tout cela, ils méritent amplement d'être considérés comme les précurseurs voire même comme les fondateurs de l'Ecole historique française du droit.

Philippe Sturmel

183 Voir L'ogre historien, autour de J. Le Goff. Textes rassemblés par J. Revel et J. C. Schmitt, Paris: Gallimard 1998.